Die Erlöschungsgründe der gewerbepolizeilichen Erlaubnis bei Anlagen nach § 16 Gew.-O.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät
der Universität Leipzig

eingereicht
von

bacc. jur. Max Richter
aus Kaitz.

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Dresden 1914
Druck von Petzschke & Gretschel

Meinen Brüdern im Felde

zugeeignet.

Inhalt.

I. Einleitung: Seite

§ 1. Geschichtlicher Überblick 9

II. Charakterisierung der gewerbepolizeilichen Erlaubnis bei Anlagen nach § 16 Gew.-O.

§ 2. Die Rechtsnatur der gewerbepolizeilichen Erlaubnis 14

§ 3. Die gewerbepolizeiliche Erlaubnis im einzelnen . 23

III. Die Erlöschungsgründe der gewerbepolizeilichen Erlaubnis bei Anlagen nach § 16 Gew.-O.

§ 4. Erlöschen der Erlaubnis durch Nichtgebrauch . . 40

a) durch Nichtinbetriebnahme der Anlage während bestimmter Frist 40

b) durch Einstellung des Betriebes während eines bestimmten Zeitraums 44

§ 5. Zurücknahme der Erlaubnis wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl . . 52

§ 6. Zurücknahme der Erlaubnis wegen Ungültigkeit und Erschleichung 65

§ 7. Zurücknahme der Erlaubnis infolge Einwilligung des Inhabers 73

§ 8. Gibt es noch weitere Erlöschungsgründe der Erlaubnis? 77

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547026_0116

Bücherverzeichnis.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Tübingen 1911.

Seydel, Bayrisches Staatsrecht, Leipzig 1896.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Leipzig 1896.

Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895.

von Stengel, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart 1896.

Biermann, Privatrecht und Polizei, Berlin 1892.

Sarwey, Das öffentliche Recht, Tübingen 1880.

Gerber, Über öffentliche Rechte, Tübingen 1852.

Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905.

Jellinek, Walter, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen 1908.

Schönborn, Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentlichen Recht, Leipzig 1908.

Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Tübingen 1911.

von der Mosel, Handwörterbuch des Sächsischen Verwaltungsrechts, 12. Aufl., Leipzig 1912.

Bitter, Handwörterbuch der Preußischen Verwaltung, Leipzig 1911.

Friedrichs, Das Landesverwaltungsgesetz vom 30. 7. 1883, Berlin 1910.

Friedrichs, Das Zuständigkeitsgesetz vom 1. 8. 1883, Berlin 1904.

Reger-Dyroff, Regers Handausgabe des Bayrischen Verwaltungsgerichtsgesetzes, Ansbach 1908.

Landmann, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, 6. Aufl., München 1911.

Rohrscheidt, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Berlin 1912.

von Bernewitz, Die Reichsgewerbeordnung, Leipzig 1901.
Schicker, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., Stuttgart 1901.
Schenkel, Die Deutsche Gewerbeordnung, 2. Aufl., Karlsruhe 1892.
Neukamp, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, 10. Aufl., Tübingen 1912.
Schecher, Das Gewerbepolizeirecht des Deutschen Reiches, Tübingen 1910.
Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession, München 1889.
Rüdiger, Die Konzessionierung gewerblicher Anlagen in Preußen, Berlin 1886.
Bossen, Das Recht der konzessionierten gewerblichen Anlagen, Hannover 1911.
Feldbauer, Die Zulässigkeit polizeilicher Beschränkungen der Ausübung eines Gewerbebetriebs, München 1911.
Entscheidungen des Reichsgerichts.
Entscheidungen des sächsischen Oberverwaltungsgerichts.
Entscheidungen des preußischen Obertribunals.
Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Gewerbearchiv für das Deutsche Reich.
Reger, Entscheidungen der Gerichts- und Verwaltungsbehörden.

Schelcher, Wassergesetz für das Königreich Sachsen, Leipzig 1910.
Leuthold, Das Wasserrecht im Königreich Sachsen, Leipzig 1892.
Denkschrift zum Entwurf eines Wassergesetzes, Berlin 1911.
Hermes, Das Preußische Wassergesetz vom 7. 4. 1913, Berlin 1913.
Brenner, Das Wassergesetz für das Königreich Bayern vom 23. 3. 1907, München 1908.
Eymann, Das Wassergesetz für das Königreich Bayern vom 23. 3. 1907, Ansbach 1908.
Harster & Casimir, Kommentar zum Bayrischen Wassergesetz, München 1908.
Nieder, Wassergesetze in Württemberg, Ellwangen 1902.
Schenkel, Das Badische Wasserrecht, Karlsruhe 1902.
Wiener, Das Badische Wassergesetz in der Fassung vom 12. 4. 1913, Karlsruhe 1913.
Huber, Die Wassergesetze Elsaß-Lothringens, Mannheim 1892.

I.

Einleitung.

§ 1. Geschichtlicher Überblick.

In der Geschichte der deutschen Gewerbeverfassung können wir zwei Gruppen von Rechtssystemen unterscheiden: die Systeme der gewerblichen Gebundenheit (Zunftverfassung und Konzessionssystem) und das System der Gewerbefreiheit.

Bei der Zunftverfassung war die Berechtigung, ein Gewerbe zu betreiben, von der Zugehörigkeit zur Zunft abhängig; die Zugehörigkeit zu dieser war ihrerseits an die Erfüllung bestimmter persönlicher Voraussetzungen, insbesondere die Zurücklegung einer Vorbereitungszeit und den Nachweis der technischen Befähigung durch Bestehen der Meisterprüfung, geknüpft. Die Zünfte waren genossenschaftliche Verbände von Gewerbetreibenden zur gemeinsamen Förderung ihrer Interessen; sie durften bindende Rechtsvorschriften erlassen und übten auf gewerblichem Gebiete Gerichtsbarkeit und Polizei. Als sich jedoch mit dem Niedergang der Zünfte Klagen über die mißbräuchliche Ausnützung der ihnen zustehenden Rechte erhoben, griff die inzwischen erstarkte landesherrliche Gewalt ein: Der Landesherr als Träger der Staatsgewalt übernahm die Aufgaben, die vorher der autonomen Rechtsentwicklung und der Tätigkeit der Zünfte überlassen gewesen waren. Die Erteilung der Befugnis zum Gewerbebetriebe kam jetzt allein dem Landesherrn zu. Er ließ zwar die Organisation der Zünfte meist bestehen, nahm ihnen jedoch ihre Selbständigkeit; ihre Privilegien galten jetzt als von ihm erteilt, er konnte sie erweitern oder beschränken. Neben den in den Zünften organisierten Gewerben entstand eine Reihe un-

zünftiger Gewerbe; dahin gehörten insbesondere die Manufakturen, aber auch die Hofhandwerker, Freimeister, Ladenmeister und Universitätshandwerker. Deren Betrieb war an eine vom Landesherrn zu erteilende Erlaubnis (*Konzession*) geknüpft.

Die Ausbildung größerer einheitlicher Wirtschaftsgebiete, die Erweiterung des städtischen Marktes zum nationalen und internationalen Absatzgebiete, der Massenbedarf nach bestimmten Gütern leiteten im 17. und 18. Jahrhundert eine Umgestaltung der gewerblichen Betriebsorganisation — vom Handwerksbetrieb zur Fabrik — ein, die durch die Fortschritte der Technik, insbesondere die Erfindung der Dampfmaschine, erheblich gefördert wurde. Zunftverfassung und Konzessionssystem erwiesen sich jetzt als Hemmschuh der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung; sie legten dem Gewerbe zu viel Fesseln auf. So brach sich, durch die Anschauungen der Physiokraten, die die freie Konkurrenz auf gewerblichem Gebiete forderten, und durch Adam Smiths Werk „über die Natur und die Ursachen des Reichtums der Völker" unterstützt, der Gedanke immer mehr Bahn, die gewerbliche Tätigkeit von allen Fesseln zu befreien, an die Stelle der gewerblichen Gebundenheit die *Gewerbefreiheit* treten zu lassen.

Der erste Staat, der die Gewerbefreiheit proklamierte, waren die Vereinigten Staaten von Amerika (1776). In Europa wurde sie zuerst (am 1. April 1791) in Frankreich eingeführt; sie gelangte damit zugleich in den deutschen Gebieten, die damals zu Frankreich gehörten, zur Anerkennung. Zu Anfang des 19. Jahrhunderts folgten das neugegründete Königreich Westfalen und das Großherzogtum Berg und eine Anzahl von Rheinbundstaaten.

In Preußen wurde durch die Geschäftsinstruktion für die Regierung vom 26. 12. 1808 der Grundsatz der Gewerbefreiheit ausgesprochen und in den Edikten über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer (vom 2. 11. 1810) und über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe (vom 7. 9. 1811) durchgeführt. Die Zünfte wurden nicht aufgehoben, aber den

zünftigen Meistern jedes Vorrecht entzogen und der bisherige Unterschied zwischen Stadt und Land in bezug auf den Gewerbebetrieb beseitigt. Jeder, der in den Städten oder auf dem Lande sein bisheriges Gewerbe fortsetzen oder ein neues beginnen wollte, erhielt durch die Lösung eines Gewerbescheines das Recht, das in ihm benannte Gewerbe im ganzen Staatsgebiete zu betreiben. Der Gewerbeschein durfte niemandem versagt werden, der einen rechtschaffenen Lebenswandel nachweisen konnte; nur bei Gewerben, mit deren ungeschicktem Betriebe eine gemeine Gefahr verbunden war, war im öffentlichen Interesse der Nachweis der erforderlichen Eigenschaft vorgeschrieben. Diese Neuordnung der Gewerbeverfassung wurde nur in dem durch den Tilsiter Frieden verkleinerten Preußen durchgeführt; in den später wiedererworbenen oder eroberten Landesteilen wurde zunächst die bisherige Regelung des Gewerbebetriebes beibehalten: also auf dem linken Rheinufer und in den Gebieten, die zum Königreich Westfalen und Großherzogtum Berg gehört hatten, die unter der französischen Zwischenherrschaft eingeführte Gewerbefreiheit, in den von Sachsen erworbenen Gebietsteilen die Zunftverfassung. Erst durch die Allgemeine Gewerbeordnung vom 17. 1. 1845 wurde für die ganze preußische Monarchie ein einheitliches Gewerberecht geschaffen, das im wesentlichen auf der Grundlage der Gewerbefreiheit ruhte. Eine erhebliche Einschränkung der Gewerbefreiheit erfolgte durch die Kgl. Verordnung vom 9. 2. 1849, betr. Errichtung von Gewerberäten, und verschiedene Abänderungen der Allgemeinen Gewerbeordnung; diese Bestimmungen machten den Gewerbebetrieb einer großen Zahl von Handwerkern von der Mitgliedschaft bei einer Innung oder von der Ablegung einer Prüfung abhängig; sie wurden jedoch nur in den rechtselbischen Gebieten eingeführt.

In den übrigen deutschen Staaten war mit wenigen Ausnahmen auch nach Auflösung des alten Reiches und nach Errichtung des Deutschen Bundes die überkommene Zunftverfassung beibehalten oder nach der Zwischenherrschaft wieder eingeführt worden. Durch strenge staatliche Aufsicht über die Zünfte und Ausdehnung des Konzessionssystems wurden die

Mißbräuche der alten Gewerbeverfassung erheblich eingedämmt.

Um die Mitte des vorigen Jahrhunderts setzte eine entschiedene Strömung zugunsten einer unbeschränkten Gewerbefreiheit ein, und das öffentliche Gewerberecht wurde nach und nach im Sinne der Gewerbefreiheit neu geregelt, so in Sachsen durch Gesetz vom 15. 10. 1861, in Württemberg durch Gesetz vom 12. 1. 1862, in Baden durch Gesetz vom 20. 10. 1862, in Bayern durch Gesetz vom 30. 1. 1868. Das sog. Notgewerbegesetz vom 8. 7. 1868 brachte die Gewerbefreiheit für das Gebiet des Norddeutschen Bundes; es wurde durch die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21. 6. 1869 ersetzt, die nach Gründung des Deutschen Reiches auch in den süddeutschen Staaten eingeführt wurde.

Die Gewerbeordnung beseitigte die gewerbliche Gebundenheit durch Zünfte und Konzessionssystem und proklamierte eine weitgehende *Gewerbefreiheit*. Sie bestimmt: Der Betrieb eines Gewerbes ist grundsätzlich jedermann gestattet (§ 1). Das Geschlecht begründet in Beziehung auf die Befugnis zum selbständigen Gewerbebetriebe keinen Unterschied (§ 11). Die Unterscheidung zwischen Stadt und Land in bezug auf den Gewerbebetrieb und die Ausdehnung desselben hat aufgehört (§ 2). Der gleichzeitige Betrieb verschiedener Gewerbe, sowie desselben Gewerbes in mehreren Betriebs- oder Verkaufsstätten ist gestattet; eine Beschränkung der Handwerker auf den Verkauf der selbstverfertigten Waren findet nicht statt (§ 3). Der Zunftzwang wird beseitigt (§ 4); die ausschließlichen Gewerbeberechtigungen, sowie die Zwangs- und Bannrechte werden teils aufgehoben, teils für ablösbar erklärt (§§ 7, 8). — Wenn auch die Gewerbefreiheit in der Folgezeit in einzelnen Richtungen eingeschränkt worden ist, so hat man doch an dem in § 1 Gew.-O. niedergelegten Prinzipe festgehalten.

Für die *gewerblichen Anlagen* bestanden in Deutschland bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts keine besonderen gesetzlichen Bestimmungen. Frankreich dagegen hatte bereits mit dem Dekret vom 15. 10. 1810, betr. Fabriken und

Werkstätten, die einen gesundheitsschädigenden oder belästigenden Geruch verbreiten, einen wichtigen Schritt nach dieser Richtung getan. Durch dieses Dekret wurde die Errichtung derartiger Anlagen von einer behördlichen Erlaubnis abhängig gemacht, die je nach dem Grade der zu erwartenden Nachteile an mehr oder minder scharfe Bedingungen geknüpft wurde. Zu diesem Zwecke fand eine Klassifikation der Anlagen nach dem Gesichtspunkte statt, ob sie dangereux oder insalubres oder nur incommodes waren.[1]

Die Regelung des französischen Rechtes hat der preußischen Gewerbeordnung vom 17. 1. 1845 zum Vorbilde gedient; diese bestimmte in § 26: „Eine besondere polizeiliche Genehmigung ist erforderlich 1. zur Errichtung gewerblicher Anlagen, die durch die örtliche Lage oder die Beschaffenheit der Betriebsstätte für die Besitzer oder Bewohner der benachbarten Grundstücke oder für das Publikum überhaupt erhebliche Nachteile oder Belästigungen herbeiführen können." Die in Frage kommenden gewerblichen Anlagen waren in § 27 aufgeführt. Das sächsische Gewerbegesetz vom 15. 10. 1861 bestimmte in § 22: „Gewerbsanlagen, welche wegen ihrer besonderen Feuergefährlichkeit oder wegen der dabei vorhandenen Möglichkeit von Explosionen oder durch Entwicklung von Rauch, Dämpfen und Gasen oder durch ihre sich dem Wasser beimischenden Abflüsse ihrer Umgebung gefährlich oder auch nur durch den verbreiteten Geruch oder die Verunreinigung des Wassers besonders lästig werden würden, bedürfen zu einer Errichtung der ausdrücklichen Genehmigung der Obrigkeit. Solche Anlagen sind . . . ."

Die Vorschriften der preußischen Gewerbeordnung vom 17. 1. 1845 haben die Grundlage für die Regelung des Rechtes der gewerblichen Anlagen in der Reichsgewerbeordnung gebildet.

---

[1] Nelken, im Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Bd. 2, S. 248.

II.

Charakterisierung der gewerbepolizeilichen Erlaubnis bei Anlagen nach § 16 Gew.-O.

§ 2. Die Rechtsnatur der gewerbepolizeilichen Erlaubnis.

Die Erörterung der Erlöschungsgründe der gewerbepolizeilichen Erlaubnis setzt voraus, daß wir zur Frage der Rechtsnatur der „Genehmigung", wie die Gewerbeordnung sagt, Stellung genommen haben, und diese wieder ist aufs engste verbunden mit der Frage der rechtlichen Konstruktion der Gewerbefreiheit. Wir müssen also, um Klarheit zu gewinnen, zunächst diese Fragen kurz erörtern.

I. § 1, Abs. 1 Gew.-O. sagt: „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind." Die Rechtsnatur des hier formulierten Prinzips der Gewerbefreiheit ist bestritten. Die Theorien gruppieren sich im wesentlichen um folgende zwei Grundanschauungen:

1. Die Gewerbefreiheit ist ein subjektives Recht des einzelnen. Diese subjektiv-rechtliche Theorie wird besonders von Loening, Sarwey, Gierke vertreten.

2. Die Gewerbefreiheit ist nur die Negation gesetzlicher Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit in bezug auf die gewerbliche Tätigkeit. Diese als objektiv-rechtliche Theorie bezeichnete Ansicht wird vor allem von Laband, O. Mayer, Seydel geteilt.

Daneben werden auch — so von Rehm, Landmann — vermittelnde Ansichten vertreten.

Unter den Vertretern der subjektiv-rechtlichen Theorie nehmen Gierke und Kohler den Standpunkt ein, daß durch § 1 Gew.-O. ein subjektives privates Recht begründet werde: „Schon dieses allgemeine Recht der Gewerbefreiheit stellt sich als besonderes Privatrecht dar."[2] Kohler spricht von einem subjektiven Gewerberecht, das als ein Privatrecht zu den Persönlichkeitsrechten gehört, und zwar nicht nur dann, wenn es zum Betrieb der Erlaubnis bedarf, sondern auch dann, wenn eine solche nicht erforderlich ist, sofern nur jemand das Gewerbe bereits begonnen oder sich befugterweise in den Betrieb gesetzt hat.[3]

Dagegen vertreten Loening und Sarwey die Ansicht, daß die Gewerbefreiheit ein subjektives öffentliches Recht bedeutet. Loening führt aus, der Rechtsstaat erkenne allen Menschen Persönlichkeit zu, d. h. die Eigenschaft, vermöge deren der Mensch auf dem Rechtsgebiete als freies Wesen anzuerkennen und zu schützen sei. Dieser Anspruch auf Anerkennung und Schutz der Freiheit sei ein subjektives öffentliches Recht des einzelnen gegen den Staat. Der einzelne habe kein besonderes Recht, ein Gewerbe zu betreiben, zu reisen usw., sondern alle diese Tätigkeiten seien nur Äußerungen seiner Freiheit.[4] Im engeren Anschluß an das positive Recht kommt Sarwey zum gleichen Ergebnis: „Sofern als Regel das Recht des einzelnen zum Gewerbebetrieb gesetzlich ausgesprochen ist, besteht ein subjektives Recht."[5]

Rehm leitet aus dem § 1, Abs. 1 Gew.-O. eine Pflicht her sowohl jeder Privatrechtspersönlichkeit, wie auch des verwaltenden Staates, Störungen gewerblicher Rechtshandlungen anderer Rechtssubjekte grundsätzlich zu unterlassen. Diesen Pflichten entspreche ein „gestattetes", also positiv erlaubtes Handelndürfen, zum mindesten eine Befugnis — bei Rehm ein Mittelbegriff zwischen Recht und Nichtrecht —

---

2 Gierke, Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895, Bd. 1, S. 713.

3 Enzyklopädie der Rechtswissenschaften, Bd. 1, S. 593, 636.

4 Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884, S. 11 ff.

5 Sarwey, Das öffentliche Recht, Tübingen 1880, S. 524.

gegen jedes Privatrechtssubjekt und gegen den Staat in seiner verwaltenden Funktion, also ein privates und öffentliches subjektives Recht des einzelnen.[6]

Landmann unterscheidet zwischen der Befugnis, ein Gewerbe zu beginnen, und dem Rechte, ein bereits begonnenes Gewerbe weiterzubetreiben. Die Befugnis, ein Gewerbe zu beginnen, ist nach seiner Ansicht kein Recht, das die Gerichte und Behörden zu schützen verpflichtet sind; dagegen besitze derjenige, der ein Gewerbe bereits begonnen habe, ein subjektives öffentliches und privates Recht.[7]

Eine ganz andere Stellung nehmen zu dieser Grundfrage die Vertreter der objektiv-rechtlichen Theorie ein. Gerber führt aus: „Der allgemeine Gesichtspunkt jener sog. staatsbürgerlichen Rechte kann nur in etwas Negativem gefunden werden, nämlich darin, daß der Staat sich bei der Beherrschung und Unterwerfung des einzelnen innerhalb seiner naturgemäßen Schranken hält und denjenigen Teil der menschlichen Persönlichkeit von seinem Kreise und Einflusse freiläßt, der nach der Idee des germanischen Volkslebens der zwingenden Einwirkung des allgemeinen Willens nicht unterworfen sein kann. Die Volksrechte sind lediglich negative Rechte, Rechte auf Anerkennung der freien, d. h. nichtstaatlichen Seite der Persönlichkeit."[8] O. Mayer führt aus, daß die Beschränkung der vollziehenden Gewalt durch den Vorbehalt des Gesetzes, vor allem in der Form der Menschen- und Freiheitsrechte, „allgemeine Möglichkeiten, Fähigkeiten" für den Untertanen darstelle, aber keine Rechte. „Damit man von einem Recht sprechen könne, ist die erste Voraussetzung, daß eine bestimmte rechtliche Wirkung bereits eingetreten sei im Verhältnis zum einzelnen Untertan, der dem Staate gegenübersteht."[9] Ebenso La-

---

[6] Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession, München 1889, S. 17 ff.

[7] Landmann, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, 6. Aufl., München 1911, S. 55, 56.

[8] Gerber, Über öffentliche Rechte, Tübingen 1852, S. 76 ff.

[9] O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Leipzig 1896, Bd. 1, S. 74, 106 ff.

band: „Gewerbefreiheit ist überhaupt kein Begriff von positivem Rechtsinhalt, und noch viel weniger ein subjektives Recht, sondern die Negation gesetzlicher Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit in bezug auf die gewerbliche Tätigkeit.“[10] „Diese angeblichen Rechte, wie Gewerbefreiheit, Freizügigkeit, Verehelichungsfreiheit und wie sie sonst heißen mögen, sind ‚Normen‘ des Handelns der Regierungsgewalt, aber keine Rechte der einzelnen Staatsangehörigen.“[11] Schecher bemerkt: Die Freiheit des Gewerbebetriebs von allen weitergehenden rechtlichen Schranken bezeichne man mit dem wirtschaftspolitischen Schlagwort „Gewerbefreiheit“. Rechtlich bedeute Gewerbefreiheit nichts anderes als die Gleichstellung der gewerblichen Tätigkeit mit jeder anderen, der natürlichen Handlungsfähigkeit und Handlungsfreiheit des Menschen entfließenden Tätigkeit. Gewerbefreiheit sei also Handlungsfreiheit auf dem Gebiete der gewerblichen Tätigkeit.[12]

Die Stellung der obersten Gerichte zu dieser Grundfrage ist aus den Entscheidungen nicht mit Sicherheit zu entnehmen. Doch scheint sowohl das preußische Oberverwaltungsgericht als auch das Reichsgericht der objektiv-rechtlichen Theorie zuzuneigen. So sagt das preußische Oberverwaltungsgericht: „Die vom Kläger in Bezug genommene Rechtsregel (Lex ad praeterita trahi nequit) findet, worüber in der Wissenschaft und Praxis kein Streit besteht, nur auf wohlerworbene Rechtsansprüche Anwendung, nicht also auf allgemeine abstrakte Befugnisse aller Menschen, die nur die Möglichkeit gewähren, bestimmte Rechtsverhältnisse zu schaffen. Die Einführung der Gewerbefreiheit durch § 1 Gew.-O. hat nicht jedem einzelnen Staatsangehörigen den Rechtsanspruch verliehen, danach zum Betriebe eines Gewerbes ohne Rücksicht auf die fortschrei-

10 Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Tübingen 1911, Bd. 3, S. 207.

11 Seydel, Bayrisches Staatsrecht, Leipzig 1896, Bd. 1, S. 301.

12 Schecher, Das Gewerbepolizeirecht des Deutschen Reiches, Tübingen 1910, S. 7.

tende Gesetzgebung zugelassen zu werden."[13] „Der fragliche Gewerbebetrieb, den der Kläger lediglich auf Grund der allgemeinen Gewerbefreiheit unternommen hat, bildet ebensowenig den Gegenstand eines besonderen Privatrechts, wie das frühere Halten einer großen Anzahl von Schweinen auf dem betreffenden Grundstück."[14]

Die Konstruktion der Gewerbefreiheit als eines Privatrechtes hat m. E. in der Gewerbeordnung keine Grundlage. Es ist ja richtig, daß die Gewerbefreiheit durch private Rechtsgeschäfte beschränkt werden kann; so sind Verträge zwischen selbständigen Gewerbetreibenden oder zwischen Gewerbetreibenden und Gehilfen, durch die sich der eine Teil verpflichtet, ein Gewerbe während eines bestimmten Zeitraumes nicht oder nur in beschränktem Umfange zu betreiben, oder Verträge, durch die der Gewerbetreibende Verpflichtungen eingeht über Preis, Produktion, Absatz usw., zulässig. Diese Verträge sind nach bürgerlichem Recht zu beurteilen. Sie stehen nicht im Widerspruch zu § 1 Gew.-O.; denn der Gesetzgeber — der zwar auch diese Materien als im öffentlichen Interesse liegend hätte regeln können — hat in § 1 Gew.-O. die privatrechtliche Seite des Gewerbebetriebes grundsätzlich unberührt gelassen. Der Grundsatz des § 1 Gew.-O. liegt vielmehr ausschließlich auf öffentlich-rechtlichem Gebiete; er bezieht sich nur auf Beschränkungen durch Akte der Regierungsgewalt. Wenn daher die Gewerbefreiheit überhaupt ein Recht ist, so ist sie nach geltendem Recht jedenfalls kein Privatrecht.

Wird nun durch § 1 Gew.-O. ein subjektives öffentliches Recht begründet oder ist die Gewerbefreiheit überhaupt kein Recht, sondern „nur die Negation gesetzlicher Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit in bezug auf die gewerbliche Tätigkeit"? Der Begriff der Gewerbefreiheit ist m. E. geschichtlich, nicht logisch zu erklären: ein Gebiet des menschlichen Handeln, das früher weitgehenden Beschränkungen (vgl. Einleitung) unterlag, soll nach geltendem Recht frei davon sein. Die Freiheits-

---

[13] E. d. pr. OVG. v. 5. 6. 1880, Bd. 6, S. 270.
[14] E. d. RG. v. 18. 5. 1905, Bd. 61, S. 12.

und Grundrechte — zu denen die Gewerbefreiheit gehört — sind Normen für die Regierungsgewalt. Sie sind Schranken für die Machtbefugnis der Behörde; sie zeigen das Gebiet an, das ohne besonderen Rechtsgrund dem staatlichen Eingreifen entzogen ist. Sie sichern innerhalb dieses Gebietes dem einzelnen die freie Betätigung seiner natürlichen Handlungsfähigkeit. In der Negation erschöpft sich also die Bedeutung der Grund- und Freiheitsrechte. Sie stellen wohl für den Untertan auch allgemeine Möglichkeiten, Fähigkeiten dar; aber sie sind keine öffentlichen subjektiven Rechte, denn sie haben, wie Laband treffend sagt, „kein Objekt"; sie geben dem Untertan keinerlei rechtliche Macht über die staatliche Gewalt, die öffentlich-rechtliche Ansprüche gegen den Staat begründete, wie dies beim subjektiv-öffentlichen Recht der Fall ist.

An der Berechtigung der hier vertretenen Auffassung des Prinzips der Gewerbefreiheit vermag auch die positive Formulierung, die das Prinzip in § 1 Gew.-O. gefunden hat, nichts zu ändern; denn der Rechtscharakter und der Inhalt des Rechtsinstituts sind das Ausschlaggebende, nicht der Wortlaut.

II. Gewerbefreiheit bedeutet aber nicht, daß der Mensch seine Handlungsfähigkeit auf gewerblichem Gebiete schrankenlos betätigen könnte. In die grundsätzlich freie Entfaltung der gewerblichen Tätigkeit greift der Staat im öffentlichen Interesse ein und beschränkt sie. Dabei ist zu scheiden zwischen den Einschränkungen, die den Gewerbetreibenden treffen auf Grund allgemeiner polizeilicher Vorschriften, und denen, die ihn treffen auf Grund gewerbepolizeilicher Bestimmungen. Die ersteren enthalten Einschränkungen der Tätigkeit eines jeden Menschen — gleichviel ob er Gewerbetreibender ist oder nicht —; dahin gehören die allgemeinen feuer-, sicherheits-, sitten-, bau-, verkehrs-, gesundheitspolizeilichen Vorschriften. Ihnen ist der Gewerbetreibende auch unterworfen; denn Gewerbefreiheit ist nicht gleich Polizeifreiheit. Dagegen sind Beschränkungen, die nur die Tätigkeit in einem Gewerbe-

betrieb betreffen, die also den Gewerbebetrieb zur Voraussetzung haben, nur insoweit statthaft, als die Gewerbeordnung sie selbst anordnet oder für zulässig erklärt. Diese Bestimmungen bilden das Gewerbepolizeirecht.[15]

Unter den Vorschriften des Gewerbepolizeirechts stellen diejenigen die weitgehendsten Eingriffe in die gewerbliche Handlungsfreiheit dar, die den Betrieb bestimmter Gewerbe allgemein verbieten und erst auf Grund einer besonderen „Genehmigung" gestatten. Die rechtliche Natur der Genehmigung, die auch zur Errichtung der gewerblichen Anlagen nach § 16 Gew.-O. erforderlich ist, ist stark bestritten. Die Stellungnahme ist bedingt durch die Stellung zum Prinzip der Gewerbefreiheit.

Die Vertreter der subjektiv-rechtlichen Theorie sehen in der Genehmigung einen rechtsbegründenden Verwaltungsakt. Durch sie wird nach ihrer Ansicht ein subjektiv-öffentliches Recht zur Ausführung des Gewerbebetriebs verliehen.

Die Vertreter der objektiv-rechtlichen Theorie dagegen führen aus, der behördliche Ausspruch, der einer bestimmten Person den Betrieb eines Gewerbes erlaubt, bedeute nur Beseitigung der Hindernisse und Schranken, die der gewerblichen Betätigung auf bestimmten Gebieten entgegenstehen, bedeute Feststellung, daß das öffentliche Interesse gewahrt sei und im gegebenen Falle die gesetzlichen Gründe nicht vorlägen, auf Grund deren die Aufrechterhaltung des allgemeinen Polizeiverbots erforderlich sei; die „Genehmigung" sei also trotz positiver Wortfassung im Gesetz nur Verneinung des allgemeinen Verbots für den bestimmten Fall.

---

[15] Es sind auch die in späteren Reichsgesetzen enthaltenen Beschränkungen der Gewerbefreiheit zu beachten; diese können aber nicht als Gewerbepolizeirecht bezeichnet werden, weil sie, wenn sie auch in den Gewerbebetrieb eingreifen, diesen nicht notwendig zur Voraussetzung haben oder wenigstens in erster Linie andere Zwecke als die polizeiliche Regelung des Gewerbewesens verfolgen, so z. B. das G. über den Verkehr mit Nahrungs- und Genußmitteln vom 14. 5. 1879,

Diese Ansicht der objektiv-rechtlichen Theorie ist m. E. zutreffend. Die Willensbetätigung des Gewerbetreibenden, der eine Anlage nach § 16 Gew.-O. errichten will, ist Betätigung der natürlichen Handlungsfreiheit, die aus Rücksichten des öffentlichen Wohls an eine „Vorbedingung", wie Laband sagt, an die Genehmigung geknüpft ist. Rechtskonstruktiv stellt sich die Genehmigung einer Anlage nach § 16 Gew.-O. als Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt dar. Richtig führt Jellinek aus: „Die behördliche Konzession erweitert niemals die natürliche Handlungsfreiheit, sondern sie hebt nur für den konkreten Fall das Verbot auf, sie zu betätigen .... Der konzessionierte Gewerbetreibende schließt Rechtsgeschäfte nicht ab kraft seiner Konzession, sondern kraft seiner unabhängig von der Konzession bestehenden Handlungsfreiheit, deren Betätigung zwar, aber nicht deren Dasein, der staatlichen Erlaubnis unterstellt ist."[16] Treffend ist auch die Plenarentscheidung des bayrischen Verwaltungsgerichtshofes vom 2. 7. 1890: „Wenn auch die Wirtschaftskonzession nach Form und unmittelbarer Wirkung als die behördlich erteilte Befugnis zur Gewerbsausübung in die äußere Erscheinung tritt, so stellt sich dieselbe ihrer inneren Natur und Bedeutung nach doch nur als die Anerkennung der Gewerbepolizeibehörde dar, daß der Ausübung des Wirtschaftsgewerbes durch den Konzessionsinhaber ... ein im öffentlichen Interesse begründetes Hindernis nicht entgegensteht."[17] Die Erlaubnis bedeutet also „nur Wiederherstellung der Freiheit; sie hat keinen eigenen Inhalt".[18] Diese Ansicht wird auch dadurch gestützt, daß die Gewerbeordnung einen Verzicht auf die gewerbepolizeiliche Erlaubnis als Endigungsgrund nicht kennt. Seydel folgert daraus zutreffend, daß die Erlaubniserteilung

---

das G. betr. den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen vom 9. 6. 1884, vgl. Landmann, a. a. O., S. 74.

16 Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905, S. 111.

17 Reger, Entscheidungen der Gerichts- und Verwaltungsbehörden, Ergbd. 1, S. 22.

18 O. Mayer, a. a. O., Bd. 1, S. 292.

kein subjektives Recht begründet; „dieses Recht müßte, gleich allen anderen, Gegenstand des Verzichtes sein können".[19]

Der von der Gewerbeordnung gewählte Ausdruck „Genehmigung" erscheint nicht glücklich; denn die Genehmigung setzt ihrem Begriffe nach eine auf Rechtswirksamkeit gerichtete maßgebende Willenshandlung eines anderen voraus, zu der sie hinzutritt. Hier ist es aber lediglich der einseitige Akt der Verwaltungsbehörde, der die bestehenden Schranken wegräumt; der Wille des Nachsuchenden wirkt dabei nicht mit. Neben dem Worte „Genehmigung" wird häufig auch der Ausdruck „Konzession" gebraucht; er trifft aber die rechtliche Natur der Genehmigung nach § 16 Gew.-O. auch nicht; denn die Konzession oder Verleihung ist ein rechtsbegründender Verwaltungsakt; ein öffentliches Recht wird aber, wie ausgeführt wurde, durch die Genehmigung nicht begründet. Der Ausdruck, der das Institut am richtigsten kennzeichnet und daher auch im weiteren Verlauf der Studie verwendet wird, ist „gewerbepolizeiliche Erlaubnis".

Ein subjektives Recht stellt aber der öffentlich-rechtliche Anspruch auf Erteilung der gewerbepolizeilichen Erlaubnis dar, wenn die gesetzlichen Hinderungsgründe nicht vorliegen. Der den ablehnenden Bescheid der Behörde Anfechtende behauptet, in der Gewerbefreiheit in unzulässiger Weise beschränkt zu sein; er bestreitet für seinen Gewerbebetrieb das Vorhandensein der Gründe, unter denen die Versagung der gewerbepolizeilichen Erlaubnis allein zulässig ist, und verfolgt diesen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis nach Maßgabe der hierfür bestehenden Vorschriften. Ist der Anspruch durch Bewilligung befriedigt, so erlischt er; die Wiederherstellung der Freiheit, die er erzielte, ist ihrerseits kein Recht.[20]

---

[19] Seydel, Gewerbepolizeirecht, S. 69, bei Rehm, a. a. O., S. 78.

[20] Seydel in Annalen 1881, S. 637; O. Mayer, a. a. O., Bd. 1, S. 113.

§ 3. Die gewerbepolizeiliche Erlaubnis bei Anlagen nach § 16 Gew.-O. im einzelnen.

Eine gewerbepolizeiliche Erlaubnis zum Betriebe eines Gewerbes wird in der Gewerbeordnung einmal gefordert für eine Anzahl von Gewerbetreibenden, z. B. Unternehmer von Privatkranken- und Irrenanstalten, Gastwirte, Schankwirte usw. (§§ 29 ff. Gew.-O.), zum anderen für eine große Zahl von gewerblichen Anlagen (§ 16 Gew.-O.). Für die Erteilung der Erlaubnis auf Grund der §§ 29 ff. Gew.-O. ist in erster Linie maßgebend, ob der Antragsteller nach seiner Persönlichkeit die für die Gewerbsausübung im Interesse der Gesundheit, Sittlichkeit, des freien Verkehres, des Vermögensschutzes erforderlichen Eigenschaften besitzt. Für die Erteilung der Erlaubnis nach § 16 Gew.-O. ist, wenn auch die Erlaubnis dem Unternehmer erteilt wird, die Einrichtung, die Lage und Beschaffenheit der Anlage, des Unternehmens, ausschlaggebend.

Daran knüpfen sich wichtige Folgerungen: Die Erlaubnis nach §§ 29 ff. Gew.-O. ist nicht übertragbar; sie kann auch höchstens auf Lebenszeit erteilt werden. Die Erlaubnis nach § 16 Gew.-O. dagegen geht beim Wechsel des Unternehmers auf den neuen Inhaber über (§ 25 Gew.-O.); sie wirkt nicht nur zugunsten des neuen Eigentümers, sondern auch jedes anderen, der durch einen Rechtsvorgang des bürgerlichen Rechts die Eigenschaft als Unternehmer erwirbt, also auch des Pächters und Nutznießers. Die Erlaubnis ist daher als für die persona certa des ersten Unternehmers und die persona incerta, die an ihre Stelle tritt, erteilt anzusehen. Die Anlage, nicht die Person des Unternehmers, ist das rechtlich Erhebliche. Darum machen auch wesentliche, das Unternehmen betreffende Änderungen, sei es in der Lage oder Beschaffenheit der Betriebsstätte oder des Betriebes, eine neue Erlaubnis erforderlich (§ 25 Gew.-O.). Die Erlaubnis haftet am Unternehmen; sie hat dinglichen Charakter.

Die Gewerbeordnung will (§ 25 Gew.-O.), daß die Erlaubnis unverändert aufrechterhalten bleibt, so lange die An-

lage selbst unverändert bleibt; sie will dem Unternehmen, das gewöhnlich nur mit hohen Kosten ins Werk gesetzt werden kann, einen dauernden Bestand sichern und sieht daher nur in wenigen Fällen ein Erlöschen der Erlaubnis gegen den Willen des Unternehmers vor.

Infolgedessen ist aber auch erforderlich, daß das öffentliche Interesse an der Errichtung oder Nichterrichtung der Anlage vor der Erlaubniserteilung erschöpfend zur Geltung gebracht wird. Diesem Zwecke dient das mit allerlei Kautelen ausgestattete Erlaubnisverfahren.

Es findet Anwendung bei der Errichtung von „Anlagen", d. h. Einrichtungen, die zum Zwecke der Be- und Verarbeitung von Gegenständen auf gewisse Dauer bestimmt sind, nicht dagegen auf Niederlagen, d. h. Räume, in denen Stoffe und Waren lagern. Obwohl § 16 Gew.-O. allgemein von Anlagen spricht, geht jedoch aus § 25, Abs. 2 und § 147, Abs. 1, Z. 2 Gew.-O. hervor, daß der Gesetzgeber darunter nur gewerbliche Anlagen verstanden wissen wollte. § 16 Gew.-O. findet daher keine Anwendung auf Anlagen, die ausschließlich öffentlichen Zwecken dienen, z. B. auf das chemische Laboratorium einer Universität.[21] Die der gewerbepolizeilichen Erlaubnis bedürfenden Anlagen sind im Verzeichnis des § 16 Gew.-O. aufgeführt; das Verzeichnis stellt keine beispielsweise Aufzählung dar, sondern ist erschöpfend; es kann aber durch Beschluß des Bundesrates — vorbehaltlich der Genehmigung des nächstfolgenden Reichstags — abgeändert werden. Außerdem bedarf noch die Anlegung von Dampfkesseln der gewerbepolizeilichen Erlaubnis (§ 24 Gew.-O.).

Ist ein Antrag auf Erteilung der gewerbepolizeilichen Erlaubnis einer Anlage nach § 16 Gew.-O. gestellt, so ist er — wenn gegen die Vollständigkeit der zur Erläuterung beigefügten Zeichnungen und Beschreibungen nichts zu erinnern ist — durch Bekanntmachung im Amtsblatte der Behörde zur öffentlichen Kenntnis zu bringen; dabei ist darauf hinzuweisen, daß

[21] E. d. bad. Min. vom 15. 9. 1870, in der Zeitschrift für bad. Verwaltung 1871, S. 240.

etwaige Einwendungen gegen die neue Anlage binnen 14 Tagen anzubringen sind; die Frist ist eine Ausschlußfrist (§ 17 Gew.-O.). Für Dampfkessel findet kein Aufgebot statt (§ 24 Gew.-O.).

Soweit die Einwendungen auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhen, d. h. sich aus speziell erworbenen Rechten, z. B. Eigentum, Ersitzung, ergeben, sind sie zur richterlichen Entscheidung zu verweisen, ohne daß jedoch hierdurch das Verfahren vor der Verwaltungsbehörde aufgehalten wird. Einwendungen auf Grund öffentlich-rechtlicher Normen (§§ 16, Abs. 1, 18 Gew.-O.) dagegen sind durch die Verwaltungsbehörde mit dem Antragsteller und den Widersprechenden vollständig zu erörtern (§ 19 Gew.-O.). Das gleiche gilt für die Einwendungen, die auf allgemeinen privatrechtlichen Titeln, d. h. auf dem Rechtsinhalt des Eigentums als solchen, auf dem Nachbarrecht, beruhen (§ 19 Gew.-O.). Während aber die Einwendungen auf Grund öffentlichen Rechts von der Behörde nur berücksichtigt zu werden brauchen, wenn sie innerhalb der vierzehntägigen Ausschlußfrist geltend gemacht sind, können die Einwendungen auf Grund allgemeiner privatrechtlicher Titel auch nach Ablauf der Ausschlußfrist vorgebracht werden. Werden sie freilich erst geltend gemacht, wenn die Erlaubnis erteilt ist, so können sie eine Einstellung des Betriebes nicht herbeiführen, sondern höchstens die Herstellung von Einrichtungen, die die benachteiligende Einwirkung ausschließen oder, wo solche Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Betrieb nicht vereinbar sind, Schadloshaltung zur Folge haben (§ 26 Gew.-O.). Bei Einwendungen auf Grund besonderen privatrechtlichen Titels kann auch nach Erteilung der Erlaubnis noch die Einstellung des Betriebes gefordert werden.[22]

---

22 Mit der hier entwickelten Ansicht stimmen überein: Schenkel, a. a. O., Bd. 1, S. 119, 120, Schicker, Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, Stuttgart 1901, 4. Aufl., Bd. 1, S. 60.

Landmann (a. a. O., Bd. 1, S. 185 fg.) dagegen ist der Meinung, daß auch die auf dem Nachbarrecht beruhenden Einwendungen der vierzehntägigen Ausschlußfrist unterliegen, und nach dieser Frist nur

Die Einwendungen sind — soweit sie nicht auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhen — mit den Parteien, d. h. dem Unternehmer und den Widersprechenden, in einem hierzu anzuberaumenden Termin zu erörtern. Nach Abschluß der Erörterungen erfolgt die Prüfung von Amts wegen. Diese hat sich auf die Würdigung der von den Parteien vorgebrachten Einwendungen und auf die Beachtung der im § 18 angegebenen Gesichtspunkte der allgemeinen Interessen des Publikums und der Arbeiter zu erstrecken. Es ist zu prüfen, ob die Anlage „erhebliche Gefahren, Nachteile oder Belästigungen für das Publikum herbeiführen könne". Dabei sind nur solche Gefahren, Nachteile und Belästigungen zu erörtern, die in der physischen Einwirkung der Anlage auf die Umgebung ihren Grund haben, z. B. übler Geruch, Dämpfe, Rauch, Lärm und Erschütterungen, Infizierung des Bodens, Zuführung von Staub, Gasen, Gefahr von Aufstauungen und Überschwemmungen. Nachteile anderer Art, z. B. Verteue-

---

noch im zivilrechtlichen Verfahren geltend gemacht werden können. Landmann verweist zur Begründung seiner Ansicht auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmung. Es ist ihm jedoch entgegenzuhalten, daß die von ihm für richtig gehaltene Regelung zwar beabsichtigt war, aber im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat.

Nach Ansicht Otto Mayers (im Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1. Aufl., Bd. 2, S. 540) können Einwendungen auf Grund allgemeiner privatrechtlicher Titel nur im Verwaltungsverfahren — nicht auch im zivilrechtlichen Verfahren — geltend gemacht werden; auch die Einwendungen kraft besonderen Privatrechtstitels sind im Interesse des Gewerbebetriebs insofern beschränkt, als nach Errichtung der Anlage das gerichtliche Erkenntnis nicht mehr auf Einstellung, sondern nur auf tunlichste Abänderungen zum Schutze des Eigentümers des benachbarten Grundstücks und, soweit dies nicht möglich ist, auf Schadloshaltung gehen kann. Da § 26 Gew.-O. nur von „bestehenden Rechten zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen" spricht, so ist § 26 m. E. nur auf die auf allgemeinen privatrechtlichen Titeln beruhenden Rechte, also auf Ansprüche aus dem Nachbarrecht, anzuwenden. Diese Auffassung wird auch durch die Entstehungsgeschichte bestätigt; § 26 Gew.-O. wurde geschaffen, um zu verhindern, daß aus nachbarrechtlichem Anspruch auf Einstellung des Betriebes geklagt werden könnte. Zustimmend auch E. d. RG. vom 29. 3. 1882 (Reger, Bd. 3, S. 9) und vom 20. 5. 1885 (Reger, Bd. 6, S. 159).

rung der Arbeitskräfte, schädliche Konkurrenz, stärkere Abnützung öffentlicher Wege, die Minderung des Bauwerts der anliegenden Grundstücke, bleiben außer Betracht. Die Nachteile müssen erheblich sein, d. h. „dasjenige Maß überschreiten, dessen Duldung sowohl den Nachbarn, als dem Publikum im Interesse der für die allgemeine Wohlfahrt unentbehrlichen Industrie angesonnen werden kann".[23] Die Prüfung hat sich zugleich auf die Beachtung der für die gewerblichen Anlagen bestehenden polizeilichen Vorschriften, seien sie bau-, feuer-, gesundheits- oder wasser-, straßen- oder verkehrspolizeilicher Art — die Aufzählung in der Gewerbeordnung ist nur eine beispielsweise —, und auf die zum Schutze der Arbeiter gegen Gefahren für Gesundheit und Leben erforderlichen Maßnahmen zu erstrecken. Bei Stauanlagen für Wassertriebwerke sind noch die für die Stauanlagen bestehenden besonderen landesgesetzlichen Bestimmungen über Vorflut, Normierung des Wasserstandes usw. zu beachten (§ 23 Gew.-O.).

Über die Prüfung ergeht eine einheitliche Entscheidung der Gewerbepolizeibehörde nach gutachtlicher Äußerung der in Frage kommenden Bau-, Medizinal- usw. Behörden, die bei der Prüfung unter Berücksichtigung der besonderen bau-, gesundheits-, wasserpolizeilichen usw. Vorschriften zu verfahren haben.[24] Soweit nach den Landesgesetzen für die Anlagen eine bau- oder wasserpolizeiliche Erlaubnis einzuholen ist, ist diese daher bei gewerblichen Anlagen, die den §§ 16 ff. unterliegen, in der gewerbepolizeilichen Erlaubnis enthalten; sie teilt bezüglich der weiteren rechtlichen Behandlung (Rechtsmittel, Endigung) deren Schicksal. Eine Zerreißung in ein besonderes gewerbe-, bau-, flußpolizeiliches Verfahren mit gesonderter Entscheidung ist nach § 18 Gew.-O. unzulässig; hierdurch würde nicht nur eine Verzögerung des Verfahrens eintreten, sondern auch die Möglichkeit widersprechender höchst-

---

23 Technische Anleitung des preußischen Ministers für Handel und Gewerbe vom 15. Mai 1895, Hdl.-Min.-Bl. 1895, S. 196.

24 Preußische Ausführungsanweisung vom 1. Mai 1904, Ziff. 16; BO. des Sächs. Ministeriums vom 13. 3. 1905 (Gewerbearchiv, Bd. 5, S. 397); Bayr. Vollzugsverordnung vom 29. 3. 1892, § 7a, Abs. 4.

instanzlicher Entscheidungen geschaffen werden. Zustimmend z. B. die Entscheidung des preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 23. 6. 1900: „Die für die gewerbepolizeiliche Genehmigung vorzunehmende Prüfung hat sich nach § 18 zugleich auf die Beachtung der baupolizeilichen Vorschriften zu erstrecken; für eine baupolizeiliche Genehmigung ist neben der notwendigen Genehmigung der Gewerbepolizeibehörde kein Raum."[25] Ebenso führt das sächsische Oberverwaltungsgericht in der Entscheidung vom 17. 3. 06 aus: „Die Vorschrift des § 18 Gew.-O. muß nicht nur im Interesse der Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens, sondern vor allem mit Rücksicht darauf, daß schon aus Gründen der Rechtssicherheit alle für die Anlagen in Betracht kommenden polizeilichen Gesichtspunkte einer einheitlichen und zusammenfassenden Prüfung seitens ein und derselben Stelle bedürfen, dahin ausgelegt werden, daß sich dieser die Gewerbepolizeibehörde nach allen Richtungen zu unterziehen hat."[26]

Die Entscheidung ergeht dahin, daß entweder die Erlaubnis versagt oder „unter Festsetzung der sich als nötig ergebenden Bedingungen" erteilt wird. Dies sind keine Bedingungen im technischen Sinne, bei deren Nichtbeachtung die Erlaubnis zusammenfällt und das Verbot in Kraft tritt, sondern *Auflagen*, d. h. Vorschriften über die Art der Einrichtung der gewerblichen Anlage und ihres Betriebes, die der Erlaubnis beigefügt werden, um Nachteile und Belästigungen für das Publikum und die Nachbarn zu verhüten. Da es sich hierbei um Auflagen auf Grund gesetzlicher Ermächtigung handelt — im Gegensatz zu Auflagen, die lediglich im freien Ermessen der Behörde stehen —, so bedeutet die Auflage einen mit der Erlaubnis verbundenen Polizeibefehl, der Gehorsamspflicht begründet. Es steht der Behörde im Falle der Nichterfüllung der Auflage nicht frei, zu erwägen, ob sie die Erlaubnis widerrufen oder die Auflage zwangsweise durchführen will, sondern es treten ohne weiteres die in § 147 Gew.-O.

---

[25] Reger, a. a. O., Bd. 21, S. 2.
[26] Gewerbearchiv, Bd. 6, S. 225.

angedrohten Rechtsfolgen, Polizeistrafe und polizeiliche Zwangsvollstreckung, ein. Da die Auflage mit der Erlaubnis auf den Rechtsnachfolger übergeht, so gehen Polizeistrafe und Vollstreckung auch unmittelbar gegen den Nachfolger im Unternehmen; Nichtwissen befreit ihn nicht, wenn es an ihm selbst lag, daß er keine Kenntnis von der Auflage hatte; er hätte sich orientieren müssen.[27]

Es dürfen nur solche Auflagen gemacht werden, die zur Abwehr und Verhütung polizeilicher Schädlichkeiten der in §§ 16 und 18 Gew.-O. angegebenen Art durch die gewerbliche Anlage dienen. Auflagen, die diesem Zweck nicht dienen, z. B. das Verbot der Sonntagsarbeit, sind nicht zulässig; sie sind ungültig. Weiterhin dürfen auch keine Auflagen gemacht werden, die in geradem Widerspruche zu dem Zweck stehen, den das Gesetz mit der Erteilung der Erlaubnis für das Unternehmen verfolgt. Nach § 25 Gew.-O. wird die Erlaubnis auf die Dauer erteilt; infolgedessen sind Auflagen, die den Fortbestand des Unternehmens in das freie Ermessen der Behörde stellen, unzulässig. Die Behörde kann also die Erlaubnis nicht unter einer Befristung erteilen; ebensowenig ist der Vorbehalt des freien Widerrufs statthaft. Nur für den Fall, daß vom Unternehmer selbst die Erlaubnis auf Zeit oder auf Widerruf nachgesucht wird, kann die Behörde m. E. dem Erlaubnisbescheid die Beschränkung auf Zeit oder auf Widerruf beifügen. (Näheres s. u. S. 63.)

Die Auflagen, die die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen für erforderlich hält, sind im Erlaubnisbescheid möglichst genau aufzuführen. Soweit die Behörde über die Nachteile und Gefahren, die das Unternehmen mit sich bringen wird, mangels ausreichender Erfahrung noch kein Urteil gewinnen kann, kann sie sich *vorbehalten*, die Auflagen, unter denen die Erlaubnis erteilt ist, zu ergänzen oder abzuändern. Derartige Vorbehalte sind mitunter nicht zu umgehen, wenn dem öffentlichen Wohl in ausreichendem Maße Rechnung getragen werden soll. Sie liegen auch im Interesse

---

[27] O. Mayer, a. a. O., Bd. 1, S. 300.

des Unternehmers selbst, da die Möglichkeit eines solchen Vorbehalts in zweifelhaften Fällen allein die Erteilung der Erlaubnis rechtfertigen kann. Bei den tiefen Eingriffen, die auf Grund eines Vorbehalts erfolgen können, ist es jedoch erforderlich, daß der Vorbehalt auf solche Fälle beschränkt wird, in denen es zur Zeit der Erlaubniserteilung an ausreichender Erfahrung der Behörde fehlt.[28]

Der Bescheid ist stets schriftlich auszufertigen. Wenn die Erlaubnis versagt oder nur unter Auflagen erteilt wird, so muß der Bescheid mit Gründen versehen sein. Er ist außer dem Unternehmer auch stets den Personen, die Einwendungen erhoben haben, zu eröffnen. Der Antragsteller und die Widersprechenden können gegen ihn Rekurs erheben. Öffentliche Behörden, die lediglich im Interesse des Publikums, nicht im Interesse besonderer staatlicher oder gemeindlicher Rechte, Einwendungen erhoben haben, sind zur Einlegung des Rekurses nicht berechtigt, es sei denn, daß ihnen durch landesrechtliche Vorschriften ein Rekursrecht eingeräumt ist; für Preußen z. B. durch § 123 des Landesverwaltungsgesetzes vom 30. 7. 1883.[29] Der Rekurs ist binnen 14 Tagen seit Eröffnung des Bescheids zu rechtfertigen; andernfalls gilt er als nicht eingelegt.

Für das bei der Erlaubniserteilung einzuhaltende Verfahren hat die Gewerbeordnung im § 21 folgende Grundsätze aufgestellt: Die Entscheidung muß entweder in erster oder zweiter Instanz durch eine kollegiale Behörde erfolgen.[30] Die

---

[28] Verordnung des Württ. Min. vom 22. 9. 1881 bei Reger, Bd. 9, S. 408.

[29] Verordnung des preuß. Ministers für Handel und Gewerbe vom 6. 12. 1906, Hdl.-Min.-Bl. 1906, S. 392; E. d. Bayr. Verwaltungsgerichtshofes vom 18. 5. 1880, Sammlung 1, S. 297.

[30] In Preußen in erster Instanz den Bezirksausschuß, soweit nicht im Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 ausdrücklich der Kreis- (Stadt-) Ausschuß für zuständig erklärt ist (§§ 109, 110 des Zuständigkeitsgesetzes); in zweiter Instanz den Minister für Handel und Gewerbe (§ 113 des Zuständigkeitsgesetzes). In Sachsen entscheidet in erster Instanz die Amtshauptmannschaft mit dem Bezirksausschuß, in

kollegiale Behörde ist befugt, Untersuchungen an Ort und Stelle zu veranlassen, Zeugen und Sachverständige zu laden und eidlich zu vernehmen. Die kollegiale Behörde hat in zweiter Instanz ihre Entscheidung stets, in erster Instanz nur dann in öffentlicher Sitzung nach erfolgter Ladung und Anhörung der Parteien zu erteilen, wenn Einwendungen erhoben sind oder wenn zwar Einwendungen nicht angebracht wurden, die Behörde aber nicht ohne weiteres die Erlaubnis erteilen will und der Antragsteller binnen 14 Tagen nach Empfang des die Erlaubnis versagenden oder unter Auflagen erteilenden Bescheids auf mündliche Verhandlung anträgt. „Parteien" sind der Unternehmer und diejenigen Personen, die Einwendungen erhoben haben. Das Verfahren ist durch Ausführungsanweisungen der einzelnen Staaten des Näheren geregelt (vgl. für Preußen die Ausführungsanweisung zur Gewerbeordnung vom 1. 5. 1904, Z. 11—34, für Sachsen die Ausführungsverordnung vom 28. 3. 1892, §§ 12—21).

Ist die Erlaubnis für eine gewerbliche Anlage nach § 16 Gew.-O. ordnungsgemäß erteilt, so ist das Unternehmen, so lange es sich in den Grenzen der erteilten Erlaubnis hält, insbesondere die Auflagen erfüllt werden, vor behördlichen Eingriffen geschützt; nur Anordnungen zum Schutze der Arbeiter gegen Gefahren für Leben und Gesundheit (§§ 120a, 120d Gew.-O.) und Auflagen, die auf Grund eines Vorbehalts von der zur Erteilung der Erlaubnis zuständigen Behörde gemacht werden, müssen auch später noch erfüllt werden. Andere nachträgliche Beschränkungen der Erlaubnis sind unzulässig, gleichgültig, ob sich nachträglich etwa weitere oder bei der Erlaubniserteilung noch unbekannte Belästigungen und Gefahren für das Gemeinwohl herausstellen; denn das bei der Erlaubniserteilung vorgeschriebene eingehende Verfahren bezweckt nicht nur, das Publikum gegen Nachteile und Belästigungen zu

---

Städten mit revidierter Städteordnung der Stadtrat; der Rekurs geht an die Kreishauptmannschaft (§§ 11, 17, 23 des Organisationsgesetzes vom 21. 4. 1873, §§ 1, 15, 17 der Ausführungsverordnung vom 18. 3. 1892).

schützen, sondern auch den Unternehmer gegen künftige Auflagen sicherzustellen. Infolgedessen ist ein Einschreiten der Behörde — so lange nicht eine wesentliche Änderung des Betriebes oder der Betriebsstätte eine neue Erlaubnis erforderlich macht, bei der auch neue Auflagen gemacht werden können — nur unter den in § 51 Gew.-O. gegebenen Voraussetzungen möglich. (Näheres s. u. § 5.)

Einen abweichenden Standpunkt hat das sächsische Ministerium in der Verfügung vom 29. 10. 1885 eingenommen und dort ausgeführt: Die Gewerbeordnung wolle materiell der Gewerbepolizeibehörde die Befugnis nicht absprechen, in solchen Fällen, wo bei erlaubnispflichtigen Anlagen nach der Betriebseröffnung in sicherheits-, wohlfahrts- oder gesundheitspolizeilicher Beziehung erhebliche Gefahren, Nachteile oder Belästigungen für das Publikum zutage treten, in geeigneter Weise einzuschreiten, nur aber nicht durch Betriebsverbote, da diese in § 51 behandelt und der höheren Verwaltungsbehörde vorbehalten seien. Es erscheine zur Wahrung der öffentlichen Wohlfahrt und Sicherheit als selbstverständlich, daß die Behörde befugt sein müsse, den Inhaber einer erlaubten Anlage zur Beseitigung derartiger, erst nachträglich hervortretender Übelstände anzuhalten. Dagegen hat sich die herrschende Meinung im Sinne der oben vertretenen Auffassung ausgesprochen, insbesondere das preußische und sächsische Oberverwaltungsgericht und das Reichsgericht. Bei erlaubnispflichtigen Anlagen findet „das öffentliche Interesse, soweit es nicht schon dadurch gewahrt werden kann, daß die gestellten Bedingungen den nötigen Spielraum gewähren, seinen Schutz lediglich in der Bestimmung des § 51 Gew.-O."[31] Das sächsische Oberverwaltungsgericht führt in der Entscheidung vom 24. 10. 1908 aus: „An sich wird durch § 1 Gew.-O. die Befugnis der Polizeibehörde, gegen den Betrieb einer gewerblichen Anlage im Interesse der Allgemeinheit einzugreifen und ihm polizeiliche Einschränkungen aufzuerlegen, nicht berührt. Sie muß jedoch solchen Anlagen gegenüber als ausgeschlossen

[31] E. d. pr. OVG. v. 7. 6. 1879, Bd. 5, S. 281.

gelten, die nach § 16 Gew.-O. besonderer Genehmigung bedürfen; denn bei dieser Genehmigung sind seitens der Gewerbepolizeibehörde neben den in § 18 Gew.-O. namentlich aufgeführten Bestimmungen auch alle sonstigen Normen mit zu berücksichtigen. Hiermit ist der Schutz der öffentlichen, wie der nicht im Privatrechtswege zu verfolgenden Interessen Dritter erschöpft."[32] Zu dem gleichen Ergebnis kommt das Reichsgericht in der Entscheidung vom 24. 9. 1906.[33]

Anhang.

Ist der Unternehmer im Besitze der gewerbepolizeilichen Erlaubnis, so sind erst die Voraussetzungen für die Errichtung der Anlage nach öffentlichem Recht erfüllt. Des weiteren müssen, damit die Anlage errichtet werden kann, auch die privatrechtlichen Voraussetzungen vorhanden sein. Der Unternehmer muß nach bürgerlichem Recht berechtigt sein, auf dem angegebenen Grundstück die Anlage zu errichten; er muß Eigentümer des Grundstücks sein oder vertraglich das Recht auf die Benützung des Grundstücks erworben haben. Die Erteilung der gewerbepolizeilichen Erlaubnis hat also nicht etwa die Wirkung, daß der Unternehmer mit ihr zugleich einen Anspruch auf die Benutzung des betreffenden Grundstücks erhielte. Kann der Unternehmer das Nutzungsrecht nicht erwerben, so ist dies auf das Fortbestehen und Erlöschen der gewerbepolizeilichen Erlaubnis ohne Einfluß (s. u. S. 44).

Auch bei der Errichtung von Stauanlagen für Wassertriebwerke muß außer der gewerbepolizeilichen Erlaubnis ein Rechtstitel vorhanden sein, auf dem die Berechtigung zur Benutzung des Wasserlaufs durch den Unternehmer beruht. Hierbei ist zu scheiden zwischen der Gewährung der Nutzung am Wasserlauf, der im privaten Eigentum steht, und am Wasserlauf, der im öffentlichen Eigentum steht. Da die die Nutzung am öffentlichen

32 Gewerbearchiv, Bd. 9, S. 35.
33 E. d. RG., Bd. 64, S. 117.

Fluß begründende Verleihung mitunter in demselben Verfahren und von den gleichen Behörden erteilt wird, wie die gewerbepolizeiliche Erlaubnis, und beide Verwaltungsakte auch nicht immer scharf getrennt werden, ihrer Natur und ihren Rechtswirkungen nach aber vollständig verschieden voneinander sind, so sollen an dieser Stelle die grundlegenden Unterschiede zwischen beiden Rechtsinstituten dargelegt werden. Die Vorfrage, inwieweit nach den einzelnen Wassergesetzen an den Wasserläufen öffentliches oder privates Eigentum besteht, soll hier nicht im vollen Umfange erörtert werden, sondern nur soweit, als dies zur Klarstellung des Instituts der Verleihung der Nutzung am öffentlichen Wasserlauf erforderlich ist.

Das entscheidende Merkmal dafür, ob ein Wasserlauf als öffentlicher Fluß anzusehen ist und die Rechtsverhältnisse an ihm daher nach öffentlichem, nicht nach privatem Recht zu beurteilen sind, ist in erster Linie die Schiff- und Flößbarkeit des Flusses. Die Gesetzgebung kann aber auch zwingend die Flüsse bezeichnen, die als öffentliche Flüsse anzusehen sind. Hierbei genügt jedoch die Bezeichnung als „öffentlicher" Fluß nicht zur Entscheidung der Frage, ob ein Wasserlauf als öffentlich in dem eben bezeichneten Sinne gilt; der wahre Wille des Gesetzes ist maßgebend. So ist in Sachsen nur die Elbe als öffentlicher Fluß anzusehen, obwohl nach dem sächsischen Befehl vom 7. 10. 1800 auch die Mulde und die beiden Elstern für „öffentliche Flüsse" erklärt worden sind; diese Bezeichnung soll in jenem Befehle nur die rechtliche Zugehörigkeit der Flüsse an den Staat anzeigen, nicht aber feststellen, ob die Zugehörigkeit nach öffentlichem oder privatem Rechte zu beurteilen ist. Andererseits können öffentliche Flüsse auch vorhanden sein, wenn der Ausdruck „öffentlicher Fluß" vermieden wird; so sind z. B. die natürlichen „Wasserläufe erster Ordnung" des preußischen Wassergesetzes vom 7. 4. 1913 als öffentliche Flüsse anzusehen.[34] In Bayern sind öffent-

[34] Vgl. O. Mayer im Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Bd. 3, Artikel Ströme.

liche Flüsse die Wasserläufe, die zur Schiff- und Floßfahrt dienen, sowie die Nebenarme solcher Flüsse, selbst wenn sie nicht zur Schiff- und Floßfahrt dienen (§ 1 d. bayr. Wassergesetzes vom 21. 3. 1907). Nach dem württembergischen Wassergesetz vom 1. 12. 1900 sind alle freifließenden Gewässer „öffentliche Gewässer", aber nicht in dem hier gebrauchten Sinn; die Bezeichnung öffentliches Gewässer soll nur die öffentlich-rechtliche Regelung der Nutzung andeuten; die Gewässer sind herrenlos. Nach dem in Elsaß-Lothringen geltenden Wasserrecht sind die schiff- und flößbaren Ströme und Flüsse öffentliche Sachen, „Bestandteile des öffentlichen Staatsgutes" (Code civil, Art. 538). Nach dem badischen Wassergesetz sind die für den öffentlichen Verkehr mit Schiffen und gebundenen Flößen benutzbaren Flüsse, Kanäle und Seen öffentliche Gewässer (§ 1 des badischen Wassergesetzes vom 12. 4. 1913).

Die nicht schiff- und flößbaren Wasserläufe stehen nach den Wassergesetzen der meisten Staaten im Privateigentum der Anlieger, d. h. der Eigentümer der am Flußufer entlanggehenden Grundstücke, so in Preußen, § 8 W.-G., in Bayern. Art. 21 W.-G., grundsätzlich auch in Sachsen, § 5 des Wassergesetzes vom 12. 3. 1909 (Ausnahmen: die Mulden und die weiße Elster). Da der Fluß Bestandteil, aber nicht wesentlicher Bestandteil des Ufergrundstücks ist, so kann er auch ohne dieses veräußert und belastet werden und an ihm Eigentum eines Dritten bestehen. Das Eigentum ist Eigentum am Flußbett und der darübergleitenden Welle und erstreckt sich bis zur Mittellinie des Wasserlaufs; nur in Sachsen besteht Eigentum bloß am Flußbett, die Welle steht in niemandes Eigentum.

Steht der Wasserlauf, an dem eine Stauanlage für ein Wassertriebwerk errichtet werden soll, in privatem Eigentum, so bedarf der Unternehmer — vorausgesetzt, daß er nicht über diesen im vollen Umfange verfügungsberechtigt ist — der Erlaubnis zur Benutzung des Wasserlaufs durch den, bezw. die Anlieger; falls der Wasserlauf im Eigentum eines anderen als

der Anlieger steht, der Erlaubnis zur Benutzung durch diesen. Die Gewährung der Benutzung erfolgt gewöhnlich durch Belastung des Gewässers — in Sachsen des Flußbettes — mit einer Dienstbarkeit.[35]

Ist der Wasserlauf dagegen ein öffentlicher Fluß, so wird diese Befugnis zur Errichtung einer Stauanlage für ein Wassertriebwerk an ihm durch Verleihung, d. h. Verfügung des Herrn der öffentlichen Sache, erteilt. Das sächsische Wassergesetz vom 12. 3. 1900 regelt die Verleihung der Nutzung am öffentlichen Gewässer nicht. „Die Erlaubnis", deren der Unternehmer zur Errichtung einer Anlage nach den §§ 23 ff. bedarf, ist, wie Schelcher zutreffend ausführt, „nicht Verleihung, nicht Übertragung einer an sich nur dem Staat zustehenden Machtbefugnis auf den einzelnen, sondern Wiederherstellung der an sich vorhandenen Freiheit der Benutzung des einzelnen".[36] Sie ist Polizeierlaubnis im juristisch-technischen Sinne und hat mit dem materiellen Rechte des einzelnen auf Ausübung der Benutzung des Wassers nichts zu tun, sondern läßt dieses unberührt. Die Verleihung einer Nutzung am öffentlichen Flusse steht im Ermessen der Verwaltungsbehörde; ein besonderes Verfahren ist nicht vorgeschrieben.[37] Das bayrische Wassergesetz vom 21. 3. 1907 regelt die Verleihung der Nutzung am öffentlichen Gewässer in den §§ 42 ff.; diese wird hier als „Erlaubnis" bezeichnet, im Gegensatz zur „Genehmigung", die mit dem von uns als polizeiliche Erlaubnis bezeichneten Rechtsinstitut identisch ist. Das badische Wassergesetz enthält in den §§ 40 ff. ebenfalls eingehende Vorschriften über die Verleihung der Nutzung am öffentlichen Gewässer; nach § 40 des Wassergesetzes vom 12. 4. 1913 verleiht der Staat die Nutzung auch an den im Eigentum der Gemeinde stehenden Gewässern. Im elsaß-

---

[35] Die Gewässer gelten als Grundstücke (§ 90 der Grundbuchordnung).

[36] Schelcher, Wassergesetz f. d. Kgr. Sachsen, Leipzig 1910, Bd. 2, S. 83.

[37] Leuthold, Das Wasserrecht im Kgr. Sachsen, Leipzig 1892, S. 94.

lothringischen Wassergesetz vom 2. 7. 1891 ist nur von der Einholung einer „Genehmigung" die Rede, während der Unternehmer bis dahin an schiffbaren Flüssen der Verleihung, an nicht schiffbaren Flüssen der Polizeierlaubnis bedurfte. Huber[38] ist der Ansicht, daß die durch das Gesetz vom 2. 7. 1891 geschaffene Gleichstellung sich nur auf das formelle Verfahren beziehe, der innere Unterschied aber bestehen bleibe; es enthalte daher die Genehmigung bei öffentlichen Flüssen außer der Polizeierlaubnis noch die Verleihung der Nutzung am Staatseigentum, während sie sich bei nicht schiffbaren Flüssen auf die polizeiliche Erlaubnis beschränke; dieser innere Unterschied habe auch in den §§ 4, 5 Ausdruck gefunden. Das württembergische Wassergesetz vom 1. 12. 1900 kennt eine „Verleihung" der Nutzung durch den Staat am herrenlosen Gewässer; diese ist der Verleihung der Nutzung am öffentlichen Wasserlauf anderer Wassergesetze analog konstruiert. Auch das preußische Wassergesetz vom 7. 4. 1913 enthält Bestimmungen über die Verleihung von Nutzungsrechten am Gewässer (§§ 46 ff.). Die Verleihung ist hier aber nicht auf die Gewährung der Nutzung am öffentlichen Gewässer beschränkt, sondern sie erstreckt sich auch auf die Gewährung der Nutzung an den im Privateigentum stehenden Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung.

Verleihung und gewerbepolizeiliche Erlaubnis sind scharf voneinander zu scheiden. Jene gibt ein subjektives öffentliches Recht, also Verfügungsgewalt über den Wasserlauf, ihn in der in der Verleihungsurkunde ausgesprochenen Weise zu benutzen; diese dagegen gibt keinerlei Verfügungsgewalt, sondern stellt nur fest, daß Bedenken gegen das Unternehmen aus polizeilichen Gründen nicht bestehen. Aus dieser rechtlichen Verschiedenheit beider Verwaltungsakte ergeben sich bedeutsame Folgen:

Während die Gewerbepolizeibehörde bei Erteilung der gewerbepolizeilichen Erlaubnis nur Auflagen zur Verhütung

---

38 Huber, Die Wassergesetze Elsaß-Lothringens, Mannheim 1892, S. 207 ff.

von Schädlichkeiten, die vom Unternehmen ausgehen, machen kann (s. o. S. 29) — Auflagen, die diese Grenze überschreiten, sind ungültig —, können bei der Verleihung einer Nutzung auch anderweite Auflagen gemacht werden; denn es handelt sich hier um eine Leistung des Staates, die er aus freien Stücken gewährt, und für die er auch die Gegenleistung bestimmen kann. So kann die Behörde Auflagen machen zur Förderung und Verbesserung des guten Standes und Betriebs der Sache oder zur Wahrung und Förderung gemeinwirtschaftlicher Interessen. Das bayrische Wassergesetz bestimmt z. B. in Art. 43, Abs. 2: Die Verwaltungsbehörde ist befugt, dem Unternehmer Auflagen im Interesse der Land- und Forstwirtschaft, der Landeskultur und der Fischerei, sowie der Industrie und des Gewerbebetriebes zu machen. Die Vollzugsverfügung zum württembergischen Wassergesetz vom 16. November 1901 regt Auflagen an, durch die insbesondere bei Anlagen zur Erzeugung elektrischer Kraft der Preistarif unter Mitwirkung der Behörde festgesetzt und die gleichmäßige Berücksichtigung aller Kraftinteressenten ausbedungen werden soll. Die Behörde kann für die verliehene Nutzung auch — einmal oder periodisch — ein Entgelt erheben (§ 43 bad. W.-G., § 5 els.-lothr. W.-G.).

Die Verleihung kann weiterhin auf einen bestimmten Inhaber des Unternehmens beschränkt werden (s. § 50 bad. W.-G.), während die gewerbepolizeiliche Erlaubnis für den Antragsteller und seine Rechtsnachfolger erteilt wird (s. o. S. 23). Sie kann — im Gegensatz zur gewerbepolizeilichen Erlaubnis — auch ohne Antrag des Unternehmers auf Zeit oder unter Vorbehalt des Widerrufs erteilt werden. So bestimmt z. B. Art. 43 des bayr. Wassergesetzes, daß die Verleihung der Nutzung in der Regel auf Widerruf oder auf bestimmte Zeit zu erfolgen habe; auch § 46 bad. W.-G. und § 47 preuß. W.-G. bestimmen: die Verleihung kann dauernd oder auf Zeit erfolgen.

Entsprechend der verschiedenen Struktur beider Institute ist mitunter auch das Verfahren für die Verleihung der Nutzung von dem der gewerbepolizeilichen Erlaubnis ab-

weichend gestaltet; dies ist z. B. in Preußen geschehen (§§ 65 ff. W.-G.). Württemberg und Baden haben dagegen das Verfahren nach § 17 ff. Gew.-O. auch für die Verleihung der Nutzung vorgeschrieben und die Durchführung des Verfahrens den gleichen Behörden übertragen (Art. 32, 33 württ. W.-G., § 54 bad. W.-G.).

Die verschiedene rechtliche Natur beider Verwaltungsakte wird auch für die Endigung der einzelnen Verwaltungsakte von Bedeutung.

III.

Die Erlöschungsgründe der gewerbepolizeilichen Erlaubnis bei Anlagen nach § 16 Gew.-O.

§ 4. Das Erlöschen der Erlaubnis durch Nichtgebrauch.

Dieser Erlöschungsgrund versteht sich nicht von selbst. Die Erwägungen, aus denen er für die gewerbepolizeiliche Erlaubnis im Gesetz Aufnahme gefunden hat, sind in den Motiven zu § 49 Gew.-O. hervorgehoben. Dort wird ausgeführt: „Die gestellten Fristen finden ihre Begründung darin, daß die von den Behörden erteilten Genehmigungen von tatsächlichen Voraussetzungen ausgehen, die sich im Laufe der Zeit ändern können. Auch würde eine Genehmigung, wenn von derselben kein Gebrauch gemacht würde, die Konkurrenz abschrecken, ohne daß dem Publikum der Vorteil des genehmigten Gewerbebetriebs zuteil würde. Einem solchen für das Publikum nachteiligen Zustande muß daher durch eine Fristbestimmung für die Gültigkeit von Genehmigungen, von denen kein Gebrauch gemacht wird, ein Ziel gesetzt werden."

a) Erlöschen der Erlaubnis durch Nichtinbetriebnahme der gewerblichen Anlage während bestimmter Frist.

§ 49, Abs. 1 und 2 Gew.-O. bestimmt: „Bei Erteilung der Genehmigung zu einer Anlage der in den §§ 16 und 24 bezeichneten Arten . . . kann von der genehmigenden Behörde den Umständen nach eine Frist gesetzt werden, binnen welcher die Anlage oder das Unternehmen bei Vermeidung des Er-

löschens der Genehmigung begonnen und ausgeführt und der Gewerbebetrieb angefangen werden muß. Ist eine solche Frist nicht bestimmt, so erlischt die erteilte Genehmigung, wenn der Inhaber nach Empfang derselben ein ganzes Jahr verstreichen läßt, ohne davon Gebrauch zu machen. Eine Verlängerung der Frist kann von der Behörde bewilligt werden, sobald erhebliche Gründe nicht entgegenstehen."

Die Erlaubnis erlischt also, wenn die gewerbliche Anlage nicht innerhalb der von der Behörde gesetzten Frist oder — mangels einer solchen — innerhalb der gesetzlichen Frist in Betrieb genommen ist. Ob die Behörde bei der Erlaubniserteilung eine Frist für den Beginn des Betriebes setzen will, ist ihrem freien Ermessen anheimgegeben. Über die Dauer der von ihr zu gewährenden Zeit bestehen keine Vorschriften; sie kann kürzer oder länger als die gesetzliche Frist sein. Mangels der Festsetzung einer Frist durch die Behörde beträgt sie ein Jahr. Sie beginnt mit dem Tage der Aushändigung der Urkunde an den Empfänger — nicht schon mit dem Tage der Ausfertigung — zu laufen. Die Berechnung der Fristen erfolgt, da die Gewerbeordnung keine besonderen Vorschriften trifft, nach den allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches §§ 186 ff.

Auf Ansuchen des Unternehmers kann sowohl die behördlich gesetzte, als gesetzlich bestimmte Frist von der Behörde verlängert werden, es sei denn, daß erhebliche Gründe entgegenstehen (vgl. auch u. S. 48 ff.). Das Gesuch muß vor Fristablauf bei der Behörde eingereicht sein; andernfalls ist es wirkungslos. So lange das ordnungsgemäß eingereichte Gesuch nicht beschieden ist, bleibt die Frage, ob die Rechtsfolgen des Fristablaufs eintreten oder nicht, in der Schwebe.

Das Unternehmen muß, wenn die Erlaubnis nicht erlöschen soll, innerhalb der bestimmten Frist „begonnen und ausgeführt sein und der Gewerbebetrieb angefangen werden". Die Fertigstellung des Unternehmens oder gar nur der Beginn der Anlageerrichtung genügen also nicht; zur Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen muß auch der Gewerbebetrieb begonnen sein. Indessen ist nicht nötig, daß

die Anlage in allen Teilen vollendet ist; es genügt die Ausführung der wesentlichen Teile innerhalb der Frist, vorausgesetzt, daß auch der Gewerbebetrieb begonnen wird. Sollte aber ein Teil der Anlage in der Frist nicht oder nicht ordnungsgemäß ausgeführt sein, so ist die Erlaubnis damit nicht etwa für diesen Teil erloschen, so daß dieser nun überhaupt nicht mehr oder doch nicht vorschriftsmäßig hergestellt werden könnte. Ein Erlöschen der Erlaubnis für einen Teil der Anlage ist ausgeschlossen; denn die nach Vorschrift des Gesetzes für das Unternehmen erteilte Erlaubnis ist als unteilbar zu behandeln. Zutreffend führt das preußische Oberverwaltungsgericht in der Entscheidung vom 8. 1. 1891 aus: „Bei Erteilung der Erlaubnis kommt die Anlage in ihrer Gesamtheit in Betracht; die von der Behörde zu prüfende Frage ist die, ob die Anlage als Ganzes, infolge des Zusammenwirkens aller ihrer Teile, zu Bedenken Anlaß gibt. Dabei kommt es häufig vor, daß einzelne Teile der Anlage dazu dienen, Gefahren und Nachteile zu verhüten, die durch die übrigen Teile der Anlage herbeigeführt werden würden. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit, daß die Konzession unteilbar ist. Wäre sie es nicht, so würde der Unternehmer, der es unterlassen hat, binnen Jahresfrist die den Schutz des Publikums und der Nachbarschaft bewirkenden Teile der Anlage auszuführen, zu ihrer nachträglichen Herstellung nicht verpflichtet, ja nicht einmal berechtigt sein, wogegen die Konzession für die übrigen, Gefahren und Nachteile herbeiführenden Teile der Anlage bestehen bliebe."[39]

Ist ein Teil der Anlage innerhalb der vorgeschriebenen oder der gesetzlichen Frist nicht ausgeführt, so ist zu prüfen, ob die Anlage infolge nichtordnungsgemäßer Ausführung des Erlaubnisbescheids nicht überhaupt als erloschen anzusehen ist. Die Frage ist zu bejahen, wenn ein wesentlicher Teil des Unternehmens nicht oder nicht ordnungsgemäß ausgeführt ist; andernfalls ist sie zu verneinen. So hat das Oberverwaltungsgericht in der Entscheidung vom 8. 1. 1891 mit Recht er-

[39] E. d. pr. OVG., Bd. 20, S. 334.

kannt, daß ein Graben, der zunächst nicht vorschriftsgemäß angelegt worden war, noch nachträglich ordnungsgemäß hergestellt werden könne. Ein Erlöschen der Erlaubnis für den Graben gäbe es infolge der Unteilbarkeit der Erlaubnis nicht; man könne aber auch nicht lediglich darin, daß der Inhaber der Erlaubnis bei der Ausführung eines einzelnen, nicht wesentlichen Teiles vom Plane abgewichen sei, ein Nichtgebrauchmachen von der Erlaubnis sehen.[40]

§ 49, Abs. 1, S. 2 verlangt, daß der Inhaber der gewerbepolizeilichen Erlaubnis von dieser innerhalb Jahresfrist „Gebrauch gemacht" habe. Dieser Ausdruck ist dahin auszulegen, daß auch hier zur Vermeidung des Erlöschens der Erlaubnis die gewerbliche Anlage innerhalb der Frist ausgeführt und begonnen sein muß; denn es bestehen keine stichhaltigen Gründe, aus denen im Falle der gesetzlichen Frist etwa nur der Beginn der Anlageerrichtung erforderlich wäre, um das Erlöschen der Erlaubnis zu verhindern, während bei behördlich gestellten Fristen hierzu Betriebsbeginn nötig wäre. Die von § 49, Abs. 1, S. 1 Gew.-O. abweichende Ausdrucksweise ist nur gewählt worden, um die Wiederholung der Einzelheiten (begonnen und ausgeführt und der Gewerbebetrieb angefangen) zu ersparen.

Da bei der Erlaubniserteilung die Anlage, nicht die Person das Wesentliche ist, so kann die Errichtung und der Betriebsbeginn auch durch einen Stellvertreter oder Pächter oder Rechtsnachfolger desjenigen, der die Erlaubnis erwirkt hat, erfolgen. Auf den Fristenlauf sind derartige Veränderungen in der Person des Unternehmers ohne Einfluß.

Läuft die behördlich bestimmte oder gesetzlich vorgeschriebene Frist ab, ohne daß die Anlage errichtet und der Betrieb begonnen wurde oder eine Fristverlängerung nachgesucht ist, so erlischt die Erlaubnis ipso iure; eines behördlichen Ausspruchs des Erlöschens bedarf es nicht. Wird die Anlage trotz des Erlöschens der Erlaubnis in Betrieb genommen, so hat die Polizeibehörde auf Grund der §§ 15, Abs. 2 und 147

---

40 E. d. pr. OVG., Bd. 20, S. 334.

Gew.-O. einzuschreiten und die Ausübung des Gewerbebetriebes zu untersagen, bezw. die Wegschaffung der Anlage anzuordnen. Nachbarn oder Dritte, die an der Nichtausführung der Anlage ein Interesse haben, haben keinen verwaltungsrechtlich verfolgbaren Anspruch auf ein Eingreifen der Behörde; sie können nur bei der Behörde, die von Amts wegen auf die Einhaltung der Frist zu achten hat, die Einstellung des unbefugten Betriebes anregen.

Die zivilrechtliche Unmöglichkeit, von der Erlaubnis Gebrauch zu machen — der Unternehmer kann z. B. das Eigentum an dem Grundstück, auf dem er die Anlage errichten will, nicht erwerben —, ist für den Lauf der Endigungsfrist der gewerbepolizeilichen Erlaubnis ohne Bedeutung; es tritt keine Hemmung oder Unterbrechung ein.

b) Erlöschen der Erlaubnis durch Einstellung des Gewerbebetriebes während eines bestimmten Zeitraumes.

§ 49, Abs. 3 und 4 Gew.-O. bestimmt: „Hat der Inhaber einer solchen (der in § 49, Abs. 1 Gew.-O. bezeichneten Unternehmungen) seinen Gewerbebetrieb während eines Zeitraumes von 3 Jahren eingestellt, ohne eine Fristung nachgesucht und erhalten zu haben, so erlischt diese.

Für die im § 16 Gew.-O. aufgeführten Anlagen darf die nachgesuchte Fristung so lange nicht versagt werden, als wegen einer durch Erbfall oder Konkurserklärung entstandenen Ungewißheit über das Eigentum an einer Anlage oder, infolge höherer Gewalt, der Betrieb entweder gar nicht oder nur mit erheblichem Nachteile für den Inhaber oder Eigentümer der Anlage stattfinden kann."

Der Betrieb muß, um ein Erlöschen der Erlaubnis herbeizuführen, während dreier Jahre „eingestellt" sein. Eine Einstellung liegt nur vor, wenn sich der Unternehmer der ferneren Ausübung des Gewerbebetriebs überhaupt enthält. Falls der Unternehmer dagegen den Betrieb nur auf die Be- und Verarbeitung eines Teiles des Produktionsprozesses einschränkt, gilt der Betrieb als fortgesetzt. Der Unternehmer

geht also nicht etwa für den nicht mehr betriebenen Teil des Produktionsprozesses der Erlaubnis verlustig. Dies wird von Bedeutung, wenn der Unternehmer den Betrieb aus irgendeinem Grunde einschränkt, z. B. weil er Fertigfabrikate nur noch mit Verlust absetzen kann, auf die Herstellung des Halbfabrikats zukommt; nimmt er nach mehr als drei Jahren den vollen Betrieb wieder auf, so bedarf er hierzu keiner neuen Erlaubnis. In diesem Sinne hat auch das preußische Oberverwaltungsgericht in einer Entscheidung vom 30. 3. 1883 erkannt; es erklärte die für eine Gerberei erteilte Erlaubnis durch die nachträgliche Beschränkung auf die Sudelei nicht für erloschen, da diese einen Teil der Lohgerberei bilde, und führte dabei aus: „Den Gewerbebetrieb ‚einstellen' heißt, sich der ferneren Ausübung des Gewerbebetriebes überhaupt enthalten. Unter diesen Begriff fällt es nicht, wenn ein Gewerbe, bei dessen Betrieb der Unternehmer das Rohmaterial mehr oder minder regelmäßig mittels einer längeren Kette von Einzelstufen der Verarbeitung zur fertigen Ware herstellt, nur in der Weise ausgeübt wird, daß der Betrieb sich auf das eine oder das andere jener Mittelglieder der Produktion beschränkt. Auch in diesem Falle wird, wenn nur das bezügliche Mittelglied noch einen Bestandteil des Ganzen darstellt, der Gewerbebetrieb fortgesetzt. Ein Einstellen des letzteren liegt erst da vor, wo der Unternehmer sich jeder Betriebsausübung, also bei einem in einzelne Abschnitte zerlegbaren Gewerbebetriebe sich einer fortgesetzten Betriebsausübung in a l l e n diesen Abschnitten enthält."[41]

Über die grundsätzlich gleiche Frage hat das sächsische Oberverwaltungsgericht eine m. E. nicht zutreffende Entscheidung gefällt. Es erklärte die für eine Schlächterei erteilte Erlaubnis für erloschen, weil im Betriebe während eines Zeitraumes von mehr als drei Jahren nur die Verarbeitung ausgeschlachteten Fleisches zu Wurst stattgefunden hatte. „Allein gegenwärtig", so führt es in der Entscheidung vom 1. 9. 1906 aus, „kann von dem Bestehen einer Schlächterei nicht mehr die

41 E. d. pr. OVG., Bd. 9, S. 300.

Rede sein. Denn der Kläger hat seit der Vereinigung der Landgemeinde G. mit der Stadt L. auf seinem Grundstücke gar nicht mehr ‚geschlachtet', sondern das in bereits ausgeschlachtetem Zustande aus dem öffentlichen Schlachthaus bezogene Fleisch in seiner Wurstküche nur noch zu Wurst usw. verarbeitet. Ist dies aber der Fall, so hat er das Gewerbe der ‚Schlächterei' seit jener Zeit überhaupt nicht mehr ausgeübt und die bis dahin den Zwecken der Schweineschlächterei gewidmete Betriebsstätte hat tatsächlich aufgehört, als solche zu bestehen; denn das bloße Verarbeiten oder Kochen von bereits anderwärts ausgeschlachtetem Fleisch stellt noch keinen Schlächtereibetrieb dar. Darnach ist eine gewerbliche Anlage, die unter § 25 Gew.-O. stehen könnte, gar nicht mehr vorhanden und die aus der Genehmigung der Schlächterei erwachsenen Rechte sind, da er (der Unternehmer) nach seiner eigenen Erklärung das ‚Schlachten selbst' während eines Zeitraums von mehr als drei Jahren eingestellt hat, gemäß § 49, Abs. 3 Gew.-O. erloschen."[42] M. E. ist eine „Schlächterei" ein Gewerbebetrieb, der sich nicht nur auf das Schlachten der Tiere beschränkt, sondern in dem außerdem das Fleisch gekocht und zu Wurst und anderen Erzeugnissen verarbeitet wird. Wenn daher der Unternehmer im vorliegenden Falle seit einigen Jahren keine Schlachtungen mehr vornahm, sondern das Fleisch vom Schlachthof bezog und nur noch verarbeitete, so beschränkte er den Betrieb auf einen Teil des ihm durch die Erlaubnis gestatteten Produktionsprozesses. Der Gewerbebetrieb der Schlächterei war daher nach den eingangs gegebenen Ausführungen als fortgesetzt anzusehen, und die Erlaubnis infolgedessen nicht durch Einstellung des Betriebes erloschen.

Bei einer Stauanlage für ein Wassertriebwerk liegt dann eine Einstellung des Betriebes vor, wenn das Wassertriebwerk seit mehr als drei Jahren abgebrochen ist, auch wenn die Stauanlage noch intakt ist und zeitweilig für andere Zwecke benutzt wird, denn es ist „nicht entscheidend, ob die Stauanlage für

---

42 Gewerbearchiv, Bd. 6, S. 627.

sich allein, losgelöst von dem Wassertriebwerk, dem zu dienen sie bestimmt ist, während des in Betracht kommenden Zeitraumes von drei Jahren noch bestanden und funktioniert hat, sondern ob der auf der Stauanlage beruhende und aus ihr seine Triebkraft entnehmende Gewerbebetrieb, hier also der Mühlenbetrieb, der mit der Stauanlage ein einheitliches Ganze bildet, während dieses Zeitraumes eingestellt gewesen ist".[43]

Die Frist für die Einstellung beträgt drei Jahre und wird von der letzten Betriebshandlung an gerechnet. Der Lauf der Frist wird durch jede, auch noch so kurze Inbetriebnahme unterbrochen. Eine Verlängerung der dreijährigen Frist ist zulässig; doch muß das Gesuch vor Ablauf der Zeit der Behörde eingereicht sein. Die Bestimmung: „ohne eine Fristung nachgesucht und erhalten zu haben" ist nicht dahin auszulegen, daß auch die Erlaubnis innerhalb der Frist erteilt werden muß; der Gesetzgeber wollte mit diesen Worten offenbar sagen, daß das erfolglose Verlängerungsgesuch keine Unterbrechung der Verjährung bedeutet.

Ob und für welchen Zeitraum die Behörde die Frist verlängern will, steht in ihrem freien Ermessen. Nur unter zwei Voraussetzungen ist sie in ihrer Entscheidung gebunden: sie darf die nachgesuchte Fristung so lange nicht versagen, als der Betrieb wegen einer durch Erbschaft oder Konkurserklärung entstandenen Ungewißheit über das Eigentum an einer Anlage oder infolge höherer Gewalt gar nicht oder nur mit erheblichem Nachteil für den Inhaber oder Eigentümer der Anlage stattfinden kann (§ 49, Abs. 4 Gew.-O.). Der Anspruch auf Fristverlängerung unter diesen Voraussetzungen besteht jedoch nur für gewerbliche Anlagen nach § 16 Gew.-O., nicht auch für Dampfkessel (§ 49, Abs. 4 Gew.-O.).

Ist der Gewerbebetrieb während dreier Jahre eingestellt, ohne daß eine Fristung nachgesucht ist, so ist die Erlaubnis ipso iure erloschen. Auf den Grund der Nichtausführung kommt es dabei nicht an; namentlich wird der Verlust

---

43 E. d. pr. OVG. v. 30. 3. 1905, Gewerbearchiv, Bd. 5, S. 85.

der Erlaubnis dadurch nicht ausgeschlossen, daß ihr Inhaber durch sein Tun die Erlaubnis sich zu erhalten glaubt; selbst wenn er durch einen von seinem Willen ganz unabhängigen Umstand verhindert war, das Gewerbe zu betreiben, z. B. weil die Betriebsräume durch Brand zerstört sind und noch nicht wieder hergestellt werden konnten, tritt der Verlust ein. Eine Wiederaufnahme des Betriebes nach dem Erlöschen der Erlaubnis ist unzulässig. Die Behörde kann auch über die unbefugte Wiederaufnahme nicht hinwegsehen, sondern hat von der Befugnis des § 15, Abs. 2 Gew.-O. Gebrauch zu machen.[44]

Welches Verfahren bei der Entscheidung über das Gesuch einer Fristverlängerung gemäß § 49, Abs. 1, 2 Gew.-O. und gemäß § 49, Abs. 3, 4 Gew.-O. einzuhalten ist, ist streitig.

1. Bezüglich des Verfahrens bei einer Fristverlängerung für den Beginn eines noch nicht fertiggestellten oder eröffneten Unternehmens sagt § 49, Abs. 2 Gew.-O.: „Eine Verlängerung der Frist kann von der Behörde bewilligt werden, sobald erhebliche Gründe nicht entgegenstehen." Schicker[45], Schenkel[46], die sächsische Ausführungsverordnung zur Gewerbeordnung vom 28. 3. 1892 stehen auf dem Standpunkt, daß das Gesuch des Unternehmers auf Fristverlängerung im einfachen Beschlußverfahren zu erledigen ist. Schecher[47] meint, daß für die Fristverlängerung nach § 49, Abs. 2 Gew.-O. aus Billigkeitsgründen das gewerbepolizeiliche Rekursverfahren stattzufinden habe, da offenbar nur versehentlich eine derartige Bestimmung nicht getroffen sei. Nach Landmann[48] ist § 49, Abs. 5 Gew.-O. auch auf die Fälle des § 49, Abs. 2 anzuwenden, d. h. es ist bei der Entscheidung über das Fristungsgesuch das Erlaubnisverfahren nach § 17 ff. Gew.-O. einzuhalten; diese Auslegung sei in der Natur der Sache begründet, denn eine Fristung der

---

44 E. d. bayr. Verwaltungsgerichtshofs v. 23. 1. 1883 bei Reger, Bd. 4, S. 9.

45 Schicker, a. a. O., Bd. 1, S. 257.

46 Schenkel, a. a. O., Bd. 1, S. 378.

47 Schecher, a. a. O., S. 83.

48 Landmann, a. a. O., Bd. 1, S. 509.

in § 49, Abs. 2, 3, 4 bezeichneten Art enthalte eine Änderung der ursprünglichen ausdrücklichen oder stillschweigenden Erlaubnisbedingungen, und daher müsse das Fristungsgesuch nach dem gleichen Verfahren wie die Erlaubnis selbst behandelt werden.

M. E. kann — d. i. in der Entstehungsgeschichte und der Wortfassung der gesetzlichen Bestimmung begründet — § 49, Abs. 5 Gew.-O. auf das Verfahren gemäß § 49, Abs. 2 Gew.-O. keine Anwendung finden; denn in der ursprünglichen Gesetzesvorlage fehlten die §§ 49, Abs. 4 und 5 und die Worte „ohne eine Fristung nachgesucht und erhalten zu haben" in § 49, Abs. 3 Gew.-O. Diese Bestimmungen wurden erst im Plenum des Reichstags hinzugefügt und hierbei die Vorschrift des § 49, Abs. 5 für die Fälle der Fristung gegen das Erlöschen infolge Einstellung des Betriebs gerechtfertigt. Auch der in § 49, Abs. 5, übereinstimmend mit § 49, Abs. 3, 4, gebrauchte Ausdruck „Fristung" weist darauf hin, daß die Bestimmungen dieses Absatzes sich nicht auf die Fristen in § 49, Abs. 1 und 2 beziehen können. Es fehlt aber auch an einem Anhalt dafür, daß das gewerbepolizeiliche Rekursverfahren §§ 20, 21 stattfinden solle; wo die Gewerbeordnung sonst die Anwendung dieses Verfahrens wünscht, ist dies durch Hinweis auf die §§ 20, 21 Gew.-O. zum Ausdruck gebracht. Somit findet m. E. nur die Ansicht von Schenkel und Schicker, daß beim Fristverlängerungsgesuch gemäß § 49, Abs. 2 Gew.-O. das einfache, landesrechtlich vorgeschriebene Beschlußverfahren stattfindet, im Gesetz eine Stütze.

2. Über das bei einer Fristverlängerung gemäß § 49, Abs. 3, 4 anzuwendende Verfahren bestimmt § 49, Abs. 5 Gew.-O.: „Das Verfahren für die Fristung ist dasselbe wie für die Genehmigung neuer Anlagen." Es ist streitig, ob diese Bestimmung dahin auszulegen ist, daß das gewerbepolizeiliche Verfahren in vollem Umfange eingehalten werden muß, wie Landmann,[49] Schicker,[50] Schenkel* annehmen, oder ob damit

[49] Landmann, a. a. O., Bd. 3, S. 509.
[50] Schicker, a. a. O., Bd. 1, S. 258.
* Schenkel, a. a. O., Bd. 1, S. 381.

— wenn auch nicht ganz klar — nur gesagt sein soll, daß das gewerbepolizeiliche Rekursverfahren §§ 20, 21 Gew.-O. Anwendung findet; diese Ansicht wird von Schecher[51] und Rohrscheidt[52] vertreten. Schecher führt dazu aus, daß eine neue materielle Behandlung des Fristungsgesuchs aus dem Gesichtspunkt der §§ 17 ff. Gew.-O. nicht gut gemeint sein könne, da in diesem Fall das Fristungsgesuch nichts anderes wäre als ein neues Erlaubnisverfahren. Die Möglichkeit eines solchen sei aber selbstverständlich und brauche im Gesetze nicht erwähnt zu werden. Es sei zweifellos der Zweck der Vorschrift, daß die erteilte Erlaubnis infolge der Verjährungsfrist als fortbestehend angesehen werden und die Wiederaufnahme kein Beginn eines neuen Betriebs sein solle; infolgedessen könnte § 49, Abs. 5 Gew.-O. hinsichtlich des Verfahrens auch nur die Bestimmungen der §§ 20, 21 Gew.-O. im Auge haben.

Obwohl diese Ausführungen Schechers manches für sich haben, so können sie m. E. doch gegenüber dem klaren Wortlaut des § 49, Abs. 5 Gew.-O. nicht durchdringen. Das Gesetz will die volle Anwendung der Verfahrungsbestimmungen §§ 17 ff. Gew.-O. Darüber ist auch bei der Beratung im Reichstage kein Zweifel gewesen: Es ist ausdrücklich darauf hingewiesen worden, daß das Verfahren ein neues Erlaubnisverfahren bedeute und einlaufende Widersprüche zu berücksichtigen seien. Der Gedanke des Gesetzgebers war offenbar der, die Frage der Fristverlängerung in Fällen, in denen der Betrieb drei Jahre lang eingestellt ist, besonders eingehend zu prüfen und eine Verlängerung nur für solche Unternehmungen zuzulassen, gegen die keine wichtigen Einsprüche einlaufen und bei denen keine erheblichen Gefahren und Belästigungen für das Publikum zu befürchten sind.

Nach § 50 Gew.-O. finden die Bestimmungen des § 49 Gew.-O. auf diejenigen gewerblichen Anlagen Anwendung, bei denen die Erlaubnis bereits vor dem Erscheinen der Gewerbe-

---

[51] Schecher, a. a. O., S. 83.

[52] Rohrscheidt, Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Berlin 1912, Bd. 1, S. 271.

ordnung (oder einer Novelle gemäß § 16, Abs. 3 Gew.-O.) erteilt war, mit der Maßgabe, daß diese Fristen vom Tage der Verkündung des Gesetzes zu laufen anfangen.

Strittig ist, ob § 50 Gew.-O. auch auf gewerbliche Anlagen Anwendung findet, die vor dem Inkrafttreten der Gewerbeordnung oder der betr. Novelle einer Erlaubnis nicht bedurften. Es kommt hierbei nur die Anwendung des § 49, Abs. 3, 4 auf derartige gewerbliche Anlagen in Frage, nicht die des § 49, Abs. 1, 2, da diese Fälle einen formellen Erlaubnisakt voraussetzen.

Landmann[53] und Schecher[54] lehnen die Anwendung des § 50 Gew.-O. auf gewerbliche Anlagen, für die landesrechtlich eine Erlaubnis nicht erforderlich war oder die erst durch eine Novelle dem Verzeichnis des § 16 Gew.-O. eingefügt worden sind, ab, da der Wortlaut des § 50 Gew.-O. dem widerspreche. Dagegen legen Schenkel[55], Schicker[56] und das preußische und sächsische Oberverwaltungsgericht den § 50 Gew.-O. dahin aus, daß er auch auf gewerbliche Anlagen, die vor dem Erscheinen der Gewerbeordnung, bez. der Novelle einer Erlaubnis nicht bedurften, aber jetzt erlaubnispflichtig sind, anzuwenden sei. Schenkel begründet seine Ansicht damit, daß mit Einführung der Gewerbeordnung gemäß § 1, Abs. 2 Gew.-O. diesen Anlagen im Verhältnis zur Gewerbepolizeibehörde die rechtliche Eigenschaft, wie wenn sie erlaubt worden seien, beigelegt und damit der besondere Rechtsschutz der erlaubten Anlagen gewährt wäre. Es stehe daher im Einklang mit den Absichten des Gesetzes, wenn diese zwar nicht ausdrücklich erlaubten, aber gesetzlich als erlaubt anzusehenden Anlagen auch hinsichtlich des Erlöschens der Erlaubnis durch Nichtgebrauch den ausdrücklich erlaubten Anlagen gleich behandelt würden. Das preußische Oberverwaltungsgericht begründet seinen Standpunkt damit, daß nicht angenommen werden könne, „daß der Gesetzgeber An-

53 Landmann, a. a. O., Bd. 1, S. 513.

54 Schecher, a. a. O., S. 85.

55 Schenkel, a. a. O., Bd. 1, S. 384.

56 Schicker, a. a. O., Bd. 1, S. 260.

lagen aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der Gewerbeordnung in bezug auf die rechtlichen Folgen der dreijährigen Betriebseinstellung habe günstiger stellen wollen, als die auf Grund der Bestimmungen des § 16 Gew.-O. genehmigten Anlagen".[57]

Wenn auch der Wortlaut des § 50 Gew.-O. für die von Landmann und Schecher vertretene Auffassung spricht, so ist m. E. doch die Auslegung und Begründung, die Schenkel dem § 50 Gew.-O. gibt, als zutreffend zu erachten. § 50 Gew.-O. findet also auch auf Anlagen, für die vor dem Erscheinen der Gewerbeordnung, bezw. der betr. Novelle eine Erlaubnispflicht noch nicht bestand, die aber jetzt erlaubnispflichtig sind, Anwendung. Diese Auffassung entspricht auch der Billigkeit; denn es ist kein Grund ersichtlich, aus dem eine Besserstellung dieser Anlagen gegenüber den von vornherein erlaubnispflichtigen zu rechtfertigen wäre.

§ 5. Zurücknahme der Erlaubnis wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl.

§ 51 Gew.-O. bestimmt: „Wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl kann die fernere Benutzung einer jeden gewerblichen Anlage durch die höhere Verwaltungsbehörde zu jeder Zeit untersagt werden. Doch muß dem Besitzer alsdann für den erweislichen Schaden Ersatz geleistet werden. Gegen die untersagende Verfügung ist der Rekurs zulässig; wegen der Entschädigung steht der Rechtsweg offen."

Durch § 51 Gew.-O. wird die Möglichkeit der Zurücknahme der Erlaubnis gegeben, obwohl die gewerbliche Anlage den Anforderungen, die auf Grund des Erlaubnisbescheids und gesetzlicher Bestimmungen (§§ 120a, d Gew.-O.) an sie gestellt werden können, voll entspricht. Im Interesse des Ge-

---

[57] E. d. pr. OVG. v. 17. 1. 1900, Pr. Verw.-Bl. Bd. 21, S. 341. Vgl. auch sächs. OVG. v. 12. 7. 1912, Gewerbearchiv, Bd. 13, S. 76.

meinwohls soll das fehlerfreie Unternehmen so behandelt werden, als sei es fehlerhaft entstanden und unterliege dem Verbot.

Voraussetzung für die Zurücknahme auf Grund des § 51 Gew.-O. ist, daß diese wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl stattfindet. Die Anforderungen, die das Gesetz im § 51 Gew.-O. stellt, sind also wesentlich schärfer als die, auf Grund deren nach § 18 Gew.-O. die Erlaubnis von Neuanlagen versagt werden kann: § 51 verlangt das Vorhandensein von Nachteilen und Gefahren — nicht nur von Belästigungen. Es müssen Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl sein — nicht bloß für die Nachbarn und das Publikum. Die Rücksichten auf das Gemeinwohl müssen das Interesse an der Erhaltung der Anlage und an der Vermeidung eines Eingriffs in Privatrechte überwiegen. — In erster Linie soll durch § 51 Gew.-O. sanitären Mißständen abgeholfen werden: z. B. eine Abdeckerei wird infolge der Ausdehnung der Stadt von dieser umschlossen, oder die beim Abdampfen von Lauge und beim Ausglühen von Laugerestduen einer Papierfabrik sich entwickelnden Dämpfe verunreinigen die Luft derart und behindern die Ortsbewohner so am Genusse der frischen Luft, daß sie die Gesundheit der Bevölkerung zu gefährden geeignet erscheinen, oder der Produktionsprozeß von Knallquecksilber bringt Explosionsgefahr für die Umgebung der Anlage mit sich.

Die Zurücknahme muß durch die höhere Verwaltungsbehörde ausgesprochen werden; welche Behörde dies in den einzelnen Staaten ist, bestimmen die Landesgesetze bezw. Ausführungsverordnungen. In der Wahl der höheren Verwaltungsbehörde will das Gesetz eine Garantie dafür schaffen, daß nur beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen von dem Rechte der Zurücknahme — die für das Unternehmen von so einschneidender Bedeutung ist — Gebrauch gemacht werde. Die Zurücknahme der Erlaubnis auf Grund des § 51 Gew.-O. kann daher durch die Ortspolizeibehörde nicht erfolgen; eine derartige Zurücknahme würde für den Unternehmer unverbindlich sein und könnte auch eine Entschädigungspflicht nicht auslösen. Die Ortspolizeibehörde hat

nur darüber zu wachen, daß das Unternehmen sich innerhalb der durch den Erlaubnisbescheid gegebenen Grenzen hält; sie kann, wenn dies nicht der Fall ist, einschreiten, gegebenenfalls durch Einstellung des Betriebes; aber eine Zurücknahme auf Grund des § 51 Gew.-O. liegt außerhalb ihrer Zuständigkeit.

Falls die Voraussetzungen des § 51 Gew.-O. gegeben sind, *kann* die Erlaubnis zurückgenommen werden. Ob dies geschieht, steht im freien Ermessen der entscheidenden Behörde. Personen und Korporationen, deren gesundheitliches und wirtschaftliches Interesse bei jenen Benachteiligungen in Frage steht, sind zwar befugt, die Untersagung des Betriebes zu beantragen; sie haben aber keinen Rechtsanspruch darauf, daß beim Vorhandensein des gesetzlichen Tatbestandes eine Untersagung erfolgt.

Die Zurücknahme der gewerbepolizeilichen Erlaubnis hat nur zur Folge, daß die fernere *Benutzung* der gewerblichen Anlage untersagt wird, d. h. der Betrieb darf nicht mehr fortgesetzt werden. Eine Beseitigung der Einrichtungen kann nur insoweit verlangt werden, als deren Vorhandensein die Ursache jener Nachteile und Gefahren bildet. Das Eigentum einer gewerblichen Anlage kann dem Unternehmer durch eine Entscheidung gemäß § 51 Gew.-O. nicht entzogen werden. Eine Enteignung im Sinne der Landesgesetze liegt also nicht vor, und es kann daher aus diesen kein Anspruch auf Entschädigung hergeleitet werden. § 51 Gew.-O. erkennt jedoch ausdrücklich die Verpflichtung der Entschädigung des Unternehmers an und zwar aus dem Gesichtspunkte heraus, daß die ordnungsgemäß erlaubte und den Anforderungen des Erlaubnisbescheids entsprechende Anlage den Eingriffen der Polizei entzogen ist und diese daher polizeiliche Rücksichten nur geltend machen kann, wenn sie Entschädigung leistet.

Für den Begriff und Inhalt des Schadens sind die allgemeinen bürgerlich rechtlichen Bestimmungen maßgebend. Es ist also damnum emergens und lucrum cessans zu ersetzen. Die Höhe des Schadens wird stets unter Berücksichtigung der für das einzelne Unternehmen in Betracht kommenden besonderen

Momente festzusetzen sein; die einzelnen Fälle bedürfen also einer individuellen Behandlung.

Entschädigungsberechtigter ist der Besitzer der gewerblichen Anlage, gleichviel ob er sich zugleich im Besitz oder Eigentum des Grund und Bodens befindet.[58]

Über die Person des zur Entschädigung Verpflichteten trifft die Gewerbeordnung keine Bestimmung. Es sind daher die landesrechtlichen Bestimmungen — soweit solche bestehen — für die Entscheidung dieser Frage maßgebend.

Eine Entschädigungspflicht Privater — etwa auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung oder der Geschäftsführung ohne Auftrag — kommt nicht in Frage; denn die Schließung erfolgt nicht im Interesse des einzelnen, sondern in dem der Gesamtheit. Auch wenn aus der getroffenen Maßnahme für einzelne Personen ein besonderer Nutzen entspringen sollte, so können sie nicht für die durch die Maßregel erwachsenen Kosten in Anspruch genommen werden, weil diese nicht in erster Linie in ihrem Interesse erfolgt. Das Subjekt der öffentlichen Verwaltung hat dem Geschädigten den entstandenen Schaden zu ersetzen.[59]

Für Preußen ist als gesetzliche Grundlage der Entschädigungspflicht in der früheren Rechtsprechung stets § 75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht herangezogen worden; dieser lautet: „Dagegen ist der Staat denjenigen, der seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohl des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt sein wird, zu entschädigen verpflichtet." § 75 ist von der Rechtsprechung des Obertribunals[60] dahin ausgelegt worden, daß die Entschädigungspflicht des Staates voraussetze, daß die Aufopferung der Rechte des einzelnen allen Mitgliedern des Staates zum Vorteil gereiche. Insofern die Maßregel jedoch nicht im Landesinteresse, sondern im Interesse der örtlichen Gemeinschaft erfolge, habe das

---

58 E. d. RG. v. 13. 12. 1884, bei Reger, Bd. 5, S. 413.

59 E. d. bayr. Obersten Landgerichts v. 27. 5. 1893, bei Reger, Bd. 14, S. 123.

60 z. B. E. v. 27. 2. 1865 in den E. d. Obertribunals, Bd. 65, S. 31 fgde.

betreffende Gemeinwesen die Entschädigung zu tragen. Das Reichsgericht hat in der Entscheidung vom 30. 10. 1912 die Entschädigungspflicht der Gemeinde für das preußische Rechtsgebiet folgendermaßen begründet: Die grundsätzliche Gesetzesvorschrift für die Entscheidung der Frage sei nicht in § 75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht zu suchen, der die gedachte Unterscheidung gar nicht enthalte, sondern nur vom Staat spreche; diese Bestimmung sei nur heranzuziehen, wenn es sich darum handele, eine gesetzliche Grundlage für die Entschädigungspflicht überhaupt zu suchen, die aber für den behördlichen Eingriff in den Gewerbebetrieb nach § 51 Gew.-O. durch dieses Gesetz festgesetzt sei. Jene Unterscheidung sei vielmehr in den Einrichtungen der Polizeiverwaltung und Polizeihandhabung in Preußen begründet. Daß die Untersagung des Gewerbebetriebs nach Maßgabe des § 51 Gew.-O. in das Gebiet der polizeilichen Maßnahmen falle, ergebe sich aus ihrem Charakter: sie erfolge, wenn überwiegende Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl sich ergeben. Soweit dies im Interesse der Gemeinde geschehe, habe diese die Entschädigung als Kosten örtlicher Polizeimaßnahmen gemäß § 3 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. 3. 1850 zu tragen; dabei sei es auch nach dem Gesetze, betr. die Kosten Kgl. Polizeiverwaltungen in Stadtgemeinden vom 20. 4. 1892, verblieben, das nur die Kosten der Polizeiverwaltung im engeren Sinne, die sog. unmittelbaren Polizeikosten, auf den Staat übertragen habe.[61] In der Entscheidung vom 14. 2. 1913 sieht das Reichsgericht als ausreichende Grundlage der Entschädigungspflicht wiederum den § 75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht mit § 31, Teil I, Titel 8 an und läßt es dahingestellt, ob dem Urteil vom 30. 10. 1912, soweit es die Schadenersatzpflicht der Stadtgemeinde auf § 3 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. 3. 1850 gründet, beizutreten sei.[62]

Das bayrische Oberste Landesgericht — und in Über-

[61] E. d. RG., Bd. 80, S. 305.

[62] E. d. RG. v. 14. 2. 1913, in der Juristischen Wochenschrift, Jahrg. 42, S. 650.

einstimmung mit ihm Seydel — hat den Staat für ersatzpflichtig erklärt; „dieser sei berufen, das öffentliche Interesse zu wahren und für dasselbe zu sorgen."[63] „Die Gemeinde als zunächst interessiert haftbar zu machen, ist ohne gesetzliche Grundlage unmöglich, um so unmöglicher, als sie an der Entscheidung über die Einstellung rechtlich gar nicht beteiligt ist."[64] Bernewitz sagt: „So lange die Regelung der Entschädigungspflicht nicht anderweit erfolgt ist, wird man davon auszugehen haben, daß mit Rücksicht darauf, daß die Schließung als im öffentlichen Interesse notwendig erfolgt, die erwachsenen Kosten demjenigen zur Last fallen, der berufen ist, für das öffentliche Interesse zu sorgen: dem Staat."[65] Schenkel[66] ist der Ansicht, daß mangels anderer Bestimmungen das Gemeinwesen hafte, in dessen Interesse die Maßnahme erfolge.

Für Preußen bildet m. E. § 75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht noch heute die Grundlage für die Person des Entschädigungspflichtigen. Wenn auch in diesem nach dem Wortlaute der Staat selbst als der alleinige Entschädigungspflichtige bezeichnet wird, so ist doch der Sinn dieser Bestimmung durch die ständige Rechtsprechung des Obertribunals und des Reichsgerichts dahin festgestellt worden, daß nur beim Vorhandensein eines allgemeinen Landesinteresses der Staat als solcher Entschädigung zu leisten hat, daß aber, wenn der Eingriff einer bestimmten engeren öffentlich-rechtlichen Gemeinschaft, z. B. der Gemeinde, zugute kommt, die Entschädigungspflicht auf der letzteren ruht. Für die Entschädigungspflicht der Gemeinde kann in Preußen m. E. außerdem noch § 3 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. 3. 1850 herangezogen werden. Dieses bestimmt, daß die Kosten der örtlichen Polizeiverwaltung von der Gemeinde zu tragen sind.

---

63 Ob.-LG. v. 23. 5. 1893, bei Reger, Bd. 14, S. 123.

64 Seydel, a. a. O., Bd. 3, S. 405.

65 von Bernewitz, Die Reichsgewerbeordnung, Leipzig 1901, S. 221.

66 Schenkel, a. a. O., Bd. 1, S. 391.

Wenn auch nach § 1 des Polizeikostengesetzes vom 20. 4. 1892 der Staat in Stadtgemeinden, in denen die örtliche Polizeiverwaltung von einer Kgl. Behörde geführt wird, „alle durch diese Verwaltung entstehenden Ausgaben" zu tragen hat, so sind doch durch § 2 diese Kosten präzisiert worden als Kosten für die Verwaltung der Polizei im eigentlichen Sinne, als laufende etatmäßige Polizeikosten für die Einrichtung, Ausstattung und Unterhaltung der örtlichen Polizei mit dem erforderlichen Dienstpersonal usw., also als unmittelbare Polizeikosten im Sinne des § 1 des Gesetzes vom 3. 6. 1908. Im Gegensatz hierzu sind die Ausgaben, die durch die Ausführung von Maßregeln entstehen, welche kraft Polizeigewalt angeordnet sind und die erst infolge der verwaltenden Tätigkeit entstehen, die sog. mittelbaren Polizeikosten, auf Grund des § 3 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. 3. 1850 von der Gemeinde zu tragen. Da die Zurücknahme auf Grund des § 51 Gew.-O. eine polizeiliche Maßnahme darstellt, so hat, wenn sie im Interesse des örtlichen Gemeinwohls erfolgt, die Gemeinde diese Kosten als mittelbare Polizeikosten zu tragen.

In den Staaten, in denen landesrechtlich keine besonderen Bestimmungen über die Person des Entschädigungspflichtigen bestehen, z. B. in Sachsen, wird man bei der Feststellung des Entschädigungspflichtigen von dem Gesichtspunkte auszugehen haben: zu wessen Gunsten erfolgt die Zurücknahme, welches Gemeinwesen zieht aus ihr Vorteil. Ist dies der Staat, so haftet er; erfolgt die Zurücknahme aber im Interesse eines Selbstverwaltungskörpers, so ist dieser zur Leistung der Entschädigung verpflichtet. M. E. bestehen gegen die Heranziehung der Selbstverwaltungskörper zur Schadenersatzpflicht keine Bedenken. Diesen Gemeinwesen stehen Stücke der öffentlichen Verwaltung zu; sie treten darin an die Stelle des Staates. Es ist nur folgerichtig, daß sie auch für die aus ihrem Teile der öffentlichen Verwaltung entspringenden Entschädigungsansprüche haften.

Gegebenenfalls kann auch eine gleichzeitige Entschädigungsverpflichtung zweier Gemeinwesen, des Staates und

eines Selbstverwaltungskörpers, bestehen, nämlich dann, wenn die Zurücknahme in beider Interesse erfolgt, so z. B. wenn die Zurücknahme bei einer Anlage für Knallquecksilber im Interesse von Gesundheit und Eigentum der Ortsbewohner und zugleich im Interesse des Staates zum Schutze der Eisenbahn, der reisenden Menschen und der rollenden Güter geschieht. Die beiden Schadenersatzpflichtigen haften dann als Gesamtschuldner (§§ 421 ff. BGB.), da wegen eines jeden der beiden beteiligten Gemeinwesen dieselbe Maßregel ebenso hätte erfolgen müssen, wie sie erfolgt ist, und daher ein jeder der Ersatzpflichtigen auf das Ganze haftet; den einheitlichen gesetzlichen Boden für die Gesamthaftung gibt § 51 Gew.-O. ab.[67]

Seydels Ansicht, daß man die Gemeinde nicht ersatzpflichtig machen könne, da die Zurücknahme durch eine staatliche Behörde erfolge und die Gemeinde bei der Entscheidung nicht mitwirke, ist nicht zutreffend. Die untersagende Behörde (in Preußen der Bezirksausschuß, in Sachsen die Kreishauptmannschaft mit dem Kreisausschuß) bildet nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen (§§ 51, 155, Abs. 2 Gew.-O., § 112 des preuß. Zuständigkeitsgesetzes vom 1. 8. 1883, § 39 der sächs. Ausführungsverordnug vom 28. 3. 1892) das besondere polizeiliche Organ der Gemeinschaft, die durch die Gefahren und Nachteile nach § 51 Gew.-O. bedroht ist, — soweit die Ortsgemeinde bedroht ist, also ein Organ dieses Selstverwaltungskörpers. Daß dieses Organ eine höhere staatliche Behörde ist, ist unerheblich, da hierdurch nur eine allseitige und gründliche Prüfung der Notwendigkeit des Eingriffs gewährleistet werden soll.

Im Verfahren über die Zurücknahme der Erlaubnis finden gemäß § 54 Gew.-O. die Vorschriften der §§ 20, 21 Gew.-O. Anwendung. Infolgedessen hat ein öffentliches mündliches Verfahren wenigstens in der kollegialen Instanz stattzufinden, in dem den Beteiligten, insbesondere dem Unternehmer und dem Antragsteller, Gelegenheit zur Äuße-

---

67 E. d. RG. v. 30. 10. 1912, Bd. 80, S. 298 fgde.

rung zu geben ist. Gegen die untersagende Verfügung hat der Unternehmer das Rekursrecht. Andere Beteiligte, die sich durch die Anlage belästigt fühlen, haben demnach, falls nach durchgeführtem Verfahren die Untersagung von der höheren Verwaltungsbehörde abgelehnt wird, ein Rekursrecht nicht; es kann aber landesrechtlich den Interessenten und Vertretern des öffentlichen Interesses ein Beschwerderecht eingeräumt sein.

Ist die Entscheidung der Verwaltungsbehörde über die Zurücknahme der Erlaubnis rechtskräftig geworden, so ist sie für das ordentliche Gericht, das über den Entschädigungsanspruch zu entscheiden hat, bindend. Es steht diesem also kein Urteil darüber zu, ob die Zurücknahme selbst berechtigt war oder nicht. Auf der anderen Seite steht die Entscheidung darüber, wer ersatzpflichtig ist und in welcher Höhe die Entschädigung zu leisten ist, allein beim ordentlichen Gericht, wenn auch beide Punkte von der Verwaltungsbehörde nicht ganz außer acht gelassen werden können, da sie für die Entscheidung der Hauptfrage von Bedeutung sind; z. B. wird die Verwaltungsbehörde auf eine Zurücknahme vielleicht nicht zukommen, wenn die entschädigungspflichtige Korporation für einen hohen Entschädigungsanspruch nicht leistungsfähig ist.

§ 51 Gew.-O. hat *subsidiären* Charakter; er soll erst dann Anwendung finden, wenn andere gesetzliche Mittel nicht vorhanden sind, um die Beseitigung der mit dem Betriebe verbundenen Nachteile und Gefahren herbeizuführen. Bei gewerblichen Anlagen nach § 16 Gew.-O. sind aber die Grenzen des Einschreitens ohne Entschädigungsverpflichtung eng gezogen. Ein Einschreiten ohne Entschädigung ist hier im allgemeinen nur möglich, wenn der Unternehmer die bei der Erlaubniserteilung gemachten Auflagen oder die Arbeiterschutzbestimmungen nicht erfüllt, oder wenn er eine wesentliche Änderung im Betriebe oder der Betriebsstätte vornimmt, ohne die erforderliche Erlaubnis einzuholen. Ausnahmsweise besteht jedoch auch bei Anlagen nach § 16 Gew.-O., die den Anforderungen des Erlaubnisbescheids entsprechen, die Möglichkeit, dem Unternehmer beim späteren Hervortreten von durch den Betrieb

bedingten Nachteilen neue Auflagen zu machen und, wenn er diese nicht erfüllt, eine gänzliche oder teilweise Einstellung des Betriebes zu verfügen, ohne daß eine Entschädigungspflicht nach § 51 Gew.-O. begründet würde. Dies ist der Fall, wenn die Behörde infolge eines bei der Erlaubniserteilung gemachten Vorbehalts verlangen kann, daß der Unternehmer noch nachträglich durch Änderung der Betriebseinrichtungen und Anbringung von geeigneten Vorkehrungen für die Beseitigung der beim Betriebe für das Gemeinwohl hervorgetretenen Nachteile sorge. Soweit sich derartige Auflagen innerhalb des Vorbehaltes halten und im gewerbepolizeilichen Verfahren von der höheren Verwaltungsbehörde — Verfügungen der Ortspolizeibehörde würden unzulässig sein — angeordnet sind,[68] muß sie der Unternehmer jederzeit erfüllen und zwar selbst dann, wenn ihre Durchführung die Rentabilität des Unternehmens in Frage stellt.

Erfolgt wegen Nichterfüllung des Vorbehalts eine Einstellung des Betriebes, so entfällt die Entschädigungspflicht. Nur wenn vom Unternehmer die Erfüllung einer Auflage verlangt wird, der nachzukommen diesem unmöglich ist, so steht dies einem endgültigen Verbote, die Anlage zu benutzen, tatsächlich und rechtlich gleich. Es ist also, wenn in einem solchen Falle die Einstellung des Betriebes bis zur Erfüllung der unmöglichen Auflage angeordnet wird, Entschädigung geschuldet; zustimmend E. d. pr. Oberverwaltungsgerichts vom 29. 10. 1883: die Einstellung des Betriebes war verfügt worden, bis eine Treppe mit dem Ausgange nach der städtischen Promenade angelegt sei; da die Stadt die Erlaubnis hierzu nicht gab, konnte die Treppe nicht angelegt und der Betrieb infolgedessen nicht wieder aufgenommen werden.[69] — Aber nur Auflagen, durch deren Anordnung die Ausführung des Gewerbebetriebes vollständig unmöglich gemacht wird, können eine Entschädigungspflicht nach § 51 Gew.-O. begründen, nicht schon Anordnungen, durch die die Benutzung eines Teiles der Anlage (Maschine,

---

68 E. d. pr. OVG. v. 6. 7. 1908, Gewerbearchiv, Bd. 9, S. 372.

69 E. d. pr. OVG., Bd. 10, S. 271.

Gebäudeteil) untersagt wird, es sei denn, daß dadurch der Betrieb im ganzen unmöglich gemacht wird.[70]

Auf die zur Zeit der Verkündigung der Gewerbeordnung bereits vorhandenen gewerblichen Anlagen findet gemäß § 52 Gew.-O. § 51 ebenfalls Anwendung. Doch soll aus der Zurücknahme dann kein Anspruch auf Entschädigung entspringen, wenn bei der früher erteilten Erlaubnis ausdrücklich vorbehalten worden ist, daß diese ohne Entschädigung widerrufen werden kann. Voraussetzung für eine Zurücknahme der Erlaubnis ohne Entschädigung ist also, daß bei der Erteilung der Erlaubnis ein ausdrücklicher Vorbehalt des Widerrufs ohne Entschädigung getroffen ist; es genügt demnach nicht, wenn etwa kraft Landesgesetzes die Zurücknahme der Erlaubnis ohne Entschädigung erfolgen könnte. Es reicht zur Erfüllung des § 52 Gew.-O. auch nicht aus, wenn lediglich der Widerruf, nicht aber gleichzeitig der Ausschluß der Entschädigung ausdrücklich vorbehalten ist.

§ 51 Gew.-O. knüpft die Zurücknahme der gewerbepolizeilichen Erlaubnis, wie wir sahen, an besondere gesetzliche Voraussetzungen. Im Anschluß hieran sei die Frage erörtert, ob und inwieweit bei der gewerbepolizeilichen Erlaubnis bei Anlagen nach § 16 Gew.-O. ein Widerruf nach freiem Ermessen der Behörde statthaft ist.

Das Gesetz enthält hierüber keine ausdrückliche Bestimmung. Es ergibt sich jedoch aus § 51 Gew.-O., der die Zurücknahme nur wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl zuläßt, argumento e contrario, daß ein Widerruf der Erlaubnis nach freiem Ermessen der Behörde ausgeschlossen ist. Diese Ansicht wird durch § 25 Gew.-O. gestützt, der bestimmt: die Erlaubnis zu einer gewerblichen Anlage bleibt so lange in Kraft, als keine Änderung im Betriebe oder in der Betriebsstätte eintritt. Der freie Widerruf würde also sowohl gegen den in § 51 Gew.-O., wie gegen den in § 25

---

[70] E. d. RG. v. 12. 11. 1887, Bd. 19, S. 353.

Gew.-O. ausgesprochenen Grundsatz verstoßen; er ist daher unzulässig.[71]

Man könnte noch geltend machen, daß für Anlagen nach § 16 Gew.-O. eine dem § 40 Gew.-O. analoge Bestimmung fehlt und daraus argumento e contrario folgern, daß für gewerbliche Anlagen der freie Widerruf zulässig wäre. Dies würde nicht zutreffend sein, denn das Gesetz hat von einer derartigen ausdrücklichen Bestimmung abgesehen, weil sich bereits aus den §§ 51 und 25 Gew.-O. mit hinreichender Klarheit die Unzulässigkeit des freien Widerrufs ergibt.

Damit entfällt auch die Zulässigkeit des Vorbehalts des Widerrufs, ebenso die Zulässigkeit einer Befristung der Erlaubnis (s. o. S. 29); denn die Gründe, die gegen den freien Widerruf sprechen, treffen in gleichem Umfange auch auf die Befristung zu. Die unter einer Befristung oder dem Vorbehalt des Widerrufs erteilte Erlaubnis ist für ungültig zu erklären (s. u. S. 70 fg.).

Zweifel über die Zulässigkeit des Vorbehalts des Widerrufs oder der Befristung können entstehen, wenn der Nachsuchende selbst nur die Erteilung der Erlaubnis auf Widerruf oder auf Zeit beantragt. Vorausgesetzt, daß nicht nach Ansicht der Behörde solche Nachteile, Gefahren und Belästigungen entstehen, daß die Erteilung der Erlaubnis überhaupt abgelehnt werden muß, kann m. E. einem solchen Gesuche stattgegeben werden; denn der Gedanke des Gesetzgebers, der in § 25 Gew.-O. und § 51 Gew.-O. seinen Ausdruck findet, ist, den Unternehmer, der in der Anlage gewöhnlich große Vermögenswerte investiert hat, zu schützen, ihn gegen derartig tiefgreifende Maßnahmen, die lediglich im freien Ermessen der Behörde stehen, zu sichern. Wenn der Unternehmer aber auf diesen Schutz verzichten will, so bestehen m. E. keine Bedenken, die Erlaubnis auch auf Zeit oder Widerruf zu erteilen. Auch das Reichsgericht hat sich — als die grundsätzlich gleiche Frage bei einer Schankerlaubnis nach § 33 Gew.-O. streitig wurde — auf denselben Standpunkt gestellt und in der Entscheidung

---

71 Landmann, a. a. O., Bd. 1, S. 235.

vom 1. 10. 1909 ausgeführt: „Die Frage, ob eine Erlaubnis auch unter einer Befristung erfolgen kann, wenn der Antragsteller sich damit einverstanden erklärt, ist bestritten. Der bejahenden Antwort ist der Vorzug zu geben, weil die Bestimmung des § 40 Gew.-O. nur ausschließen will, daß die Erlaubnis zu einem auf die Dauer berechneten Betriebe entgegen dem Gesuche des Unternehmers auf Zeit erteilt werde."[72] Zustimmend auch Schenkel,[73] Landmann,[74] Nelken.[75]

Ein Antrag, die Erlaubnis auf Widerruf oder auf Zeit zu erteilen, wird nur in den seltenen Fällen gestellt werden, wo auch eine widerrufliche oder befristete Erlaubnis nach Ansicht des Unternehmers für ihn noch von Vorteil ist und er fürchtet, die Erlaubnis sonst überhaupt nicht zu erhalten.

Mit den in den §§ 4 und 5 behandelten Gründen sind die in der Gewerbeordnung aufgeführten Erlöschungsgründe der gewerbepolizeilichen Erlaubnis erschöpft. An sich will das Gesetz damit, daß es die Erlöschungsgründe der Erlaubnis aufführt, andere Gründe und das freie Belieben der Behörde bei der Endigung der Erlaubnis ausschließen. Die weiteren, hier noch behandelten Erlöschungsgründe sind aber teils allgemeiner Natur, z. B. die Zurücknahme wegen Ungültigkeit und Erschleichung der Erlaubnis, teils ergeben sie sich aus der Natur der gewerbepolizeilichen Erlaubnis, z. B. die Zurücknahme infolge Einwilligung. Der Gesetzgeber hat daher nicht für erforderlich gehalten, sie in der Gewerbeordnung aufzuführen. Zustimmend führt z. B. der badische Verwaltungsgerichtshof in der Entscheidung vom 3. 11. 05 aus: „In der Gewerbeordnung ist nirgends der Fall der Nichtigkeit einer Gewerbsgenehmigung erwähnt; allein Wissenschaft und Rechtsprechung sind darüber einig, daß Genehmigungen zu den in der Gewerbeordnung als genehmigungspflichtig behandelten Anlagen

---

72 Gewerbearchiv, Bd. 9, S. 260.

73 Schenkel, a. a. O., Bd. 1, S. 161.

74 Landmann, a. a. O., Bd. 1, S. 235.

75 Nelken, im Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. 1, S. 252.

auch außerhalb des gewerbepolizeilichen Verfahrens von Aufsichts wegen nach Maßgabe der hierfür bestehenden landesrechtlichen Vorschriften als nichtig erklärt werden können."[76]

§ 6. Zurücknahme der Erlaubnis wegen Ungültigkeit und Erschleichung.

Bevor wir die Gründe für die Zurücknahme der Erlaubnis wegen Ungültigkeit des näheren erörtern, müssen wir Klarheit darüber schaffen, was wir unter „Ungültigkeit" des Verwaltungsakts verstehen.

Die Ungültigkeit ist von der Nichtigkeit des Verwaltungsaktes scharf zu scheiden.

Im Falle der Nichtigkeit ermangelt der Verwaltungsakt von vornherein der rechtsverbindlichen Kraft. Er ist ipso iure unwirksam und bedarf keiner Zurücknahme; die Behörde, die den nichtigen Verwaltungsakt noch durch besondere Verfügung beseitigt, stellt nur fest, daß er nicht besteht. Irgendwelche Rechte können aus einem nichtigen Verwaltungsakte nicht hergeleitet werden. Die Polizeibehörde kann, falls eine solche Scheinerlaubnis für eine gewerbliche Anlage vorliegt, die Errichtung und Inbetriebsetzung der Anlage auf Grund des § 15, Abs. 2 Gew.-O. hindern und die Wegschaffung der Anlage gemäß § 147, Abs. 3 Gew.-O. anordnen.

Im Falle der Ungültigkeit des Verwaltungsaktes ist dieser zunächst voll wirksam; er hat die Vermutung der Rechtsgültigkeit für sich. Der Unternehmer, der die gewerbepolizeiliche Erlaubnis erwirkt hat, kann den Gewerbebetrieb aufnehmen; eine Untersagung des Betriebs durch die Polizeibehörde ist ausgeschlossen, so lange nicht die Zurücknahme der Erlaubnis erfolgt ist. Den Zivil- oder Strafrichter freilich bindet ein ungültiger Verwaltungsakt nicht; er kann ihm für sein Gebiet die Rechtswirksamkeit von vornherein absprechen.

Wann ist der Verwaltungsakt nichtig, wann ungültig? Nichtig ist er nach Laband dann, wenn er „von absolut un-

[76] Gewerbearchiv, Bd. 9, S. 623.

zuständigen Personen ausgeht, d. h. von solchen, die entweder gar keine Amtsgewalt haben, oder die in ein ganz anderes Ressort oder räumliches Gebiet übergreifen als dasjenige, für das sie zuständig sind",[77] oder wenn er, wie O. Mayer sagt, in Wirklichkeit kein obrigkeitlicher Akt, sondern nur der Schein eines solchen ist.[78] Ein von der allgemein zu solchen Akten berufenen Behörde ausgehender Verwaltungsakt ist dagegen, auch wenn er erhebliche Mängel aufweist, z. B. die vorgeschriebene Form nicht beobachtet, das Gesetz nicht richtig angewandt ist, nach Ansicht Labands und O. Mayers zunächst rechtswirksam und bleibt es, bis er von der zuständigen Behörde für ungültig erklärt ist. Jellinek jedoch faßt das Gebiet der nichtigen Verwaltungsakte wesentlich weiter; er zählt darunter auch die Verwaltungsakte, die zwar von einer Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen sind, aber erhebliche Mängel aufweisen.[79]

Die Abgrenzung, wie sie von Laband und O. Mayer zwischen nichtigen und ungültigen Verwaltungsakten getroffen wird, erscheint mir zutreffend; die Jellineks dehnt das Gebiet der nichtigen Verwaltungsakte zu weit aus. Liegt ein von der im allgemeinen für derartige Akte zuständigen Behörde erlassener Verwaltungsakt vor, so besteht dieser, auch wenn erhebliche Verstöße bei der Erlaubniserteilung gemacht sind, zunächst zu Recht; er steht auf sich selbst, ebenso wie dies beim Urteil der Fall ist. Nur Verwaltungsakte, die auch dieses letzten Erfordernisses entbehren, sind nichtig; denn es liegt dann ein Verwaltungsakt in Wirklichkeit gar nicht vor.

Ehe wir zu einer Erörterung der einzelnen Fälle der Nichtigkeit und Ungültigkeit übergehen, sei noch hervorgehoben, daß die Frage der Ungültigkeit der Erlaubnis erst dann aufzuwerfen ist, wenn die Erlaubnis nicht mehr Internum der Behörde ist. Der Erlaubnisbescheid ist so lange nur ein die be-

---

[77] Laband, a. a. O., Bd. 2, S. 195.

[78] O. Mayer, a. a. O., Bd. 1, S. 100.

[79] Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen 1908, S. 54 ff.

schließende Behörde berührender Vorgang, als er dem Antragsteller nicht ordnungsgemäß zugestellt ist. Wenn daher feststeht, daß z. B. grobe Verfahrensfehler begangen sind, so bedarf es einer Ungültigkeitserklärung nicht, wenn der Erlaubnisbescheid sich noch im Gewahrsam der Behörde befindet; die Behörde ist in der Lage, den Bescheid ohne weiteres abzuändern oder umzustoßen.[80] Aber auch für einen ordnungsgemäß zugestellten Bescheid kommt eine Ungültigkeitserklärung erst dann in Frage, wenn der Bescheid nicht mehr durch ordentliche Rechtsmittel angegriffen werden kann, d. h. wenn die Rekursfrist verstrichen ist, ohne daß von einer Partei oder, soweit dies landesrechtlich zulässig ist, von der Behörde der Rekurs eingelegt und gerechtfertigt ist. Der Gesichtspunkt ist der gleiche wie im zivilprozessualen Verfahren: die ordentlichen Rechtsmittel müssen erschöpft sein, ehe die außerordentlichen angewandt werden.

Fälle der Nichtigkeit und Ungültigkeit der gewerbepolizeilichen Erlaubnis.

An der allgemeinen Zuständigkeit würde es z. B. fehlen, wenn ein ordentliches Gericht die gewerbepolizeiliche Erlaubnis erteilen würde, oder wenn für eine in einer sächsischen Ortsgemeinde zu errichtende gewerbliche Anlage statt der zuständigen Amtshauptmannschaft mit dem Bezirksausschusse der Gemeinderat des betreffenden Ortes die Erlaubnis gewähren würde. In beiden Fällen wäre die erteilte „Erlaubnis" ipso iure unwirksam.

Zahlreicher als die Fälle der Nichtigkeit sind die der Ungültigkeit der gewerbepolizeilichen Erlaubnis.

Die erste Voraussetzung für die Erteilung der Erlaubnis bildet die Stellung eines ordnungsgemäßen Antrags. Ist die Erlaubnis ohne diesen Antrag erteilt, so ist sie ungültig; denn der Antrag ist die rechtliche Bedingung des Verwaltungsaktes, ein unbedingtes Erfordernis für seine Wirksamkeit.[81]

---

80 E. d. pr. OVG. v. 6. 10. 1902 im Gewerbearchiv, Bd. 2, S. 411.

81 Ebenso O. Mayer, a. a. O., Bd. 1, S. 291.

§ 17, Abs. 2 Gew.-O. schreibt vor, daß die beabsichtigte Errichtung der Anlage durch Einrücken in das Amtsblatt zur öffentlichen Kenntnis gebracht werde mit der Aufforderung, etwaige Einwendungen gegen die neue Anlage binnen 14 Tagen anzubringen. Auf diese Weise erhalten Dritte von der geplanten Anlage Kenntnis und vermögen Einwendungen gegen diese vorzubringen und gegebenenfalls im gewerbepolizeilichen Verfahren durchzufechten. Das Unterlassen der Bekanntmachung rechtfertigt daher die Zurücknahme der Erlaubnis. Zustimmend z. B. die Verordnung des sächsischen Ministeriums vom 10. 8. 1888: „Insoweit die Verfügung des Stadtrats, durch die die Genehmigung zur Errichtung eines für den Betrieb der Kesselschmiede bestimmten Werkstattgebäudes erteilt worden ist, mit Rücksicht auf den Mangel einer vorherigen Bekanntmachung der Anlage nach § 17 Gew.-O. als rechtsungültig aufgehoben worden ist, steht die zweitinstanzliche Entscheidung mit den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen in Übereinstimmung; die Bekanntmachung nach § 17 Gew.-O. ist ein wesentliches Erfordernis des Verfahrens . . ."[82] Die in § 17, Abs. 2 Gew.-O. gesetzte Frist zur Geltendmachung von Einwendungen muß genau eingehalten werden, da an sie die Rechtsfolge des Ausschlusses aller nicht in der Frist vorgebrachten öffentlich-rechtlichen Einwendungen vom gewerbepolizeilichen Verfahren geknüpft ist. Eine Verkürzung der Ausschlußfrist würde daher einen Zurücknahmegrund abgeben.

Weiterhin bilden vor allem Verstöße gegen die im § 21 Gew.-O. niedergelegten Verfahrensvorschriften (s. o. S. 30) Gründe für die Ungültigkeit der gewerbepolizeilichen Erlaubnis. Dies ist z. B. der Fall, wenn die Entscheidung weder in erster, noch in zweiter Instanz von einer kollegialen Behörde erteilt worden ist (Verstoß gegen § 21, Z. 1 Gew.-O.) oder wenn nur der Unternehmer, — nicht auch die Personen, die Einwendungen erhoben haben, — zu einer an-

[82] Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. 10, S. 71.

beraumten Sitzung geladen und gehört worden sind (Verstoß gegen § 21, Z. 4 Gew.-O.). Außer den in der Gewerbeordnung niedergelegten Verfahrensgrundsätzen sind aber auch die Vorschriften der Ausführungsverordnungen von den Behörden sämtlich zu beachten. Es hat jedoch nicht das Außerachtlassen jeder dieser Ausführungsvorschriften die Ungültigkeit der gewerbepolizeilichen Erlaubnis zur Folge. Nur die Verletzung wesentlicher Vorschriften — Vorschriften, die den Charakter zwingender Norm haben, wie das preußische Oberverwaltungsgericht sagt[83] — begründet eine Zurücknahme der Erlaubnis, nicht aber die Nichtbeobachtung von Vorschriften, die rein instruktioneller Natur sind;[84] denn es soll nicht jeder noch so kleine formelle Verstoß die Behörde zu einer so tiefgreifenden Maßnahme berechtigen, wie sie die Ungültigkeitserklärung der Erlaubnis darstellt, besonders wenn das Unternehmen bereits errichtet und ins Werk gesetzt ist.

Auch Überschreitungen der Zuständigkeit einer Behörde begründen — vorausgesetzt, daß die Erlaubnis in der allgemeinen Zuständigkeit der Behörde liegt (s. o. S. 66) — die Zurücknahme der Erlaubnis. Es hat z. B. für eine gewerbliche Anlage, die im Bezirk der Amtshauptmannschaft Dresden-A. errichtet werden soll, statt der zuständigen Amtshauptmannschaft Dresden-A. die Amtshauptmannschaft Dippoldiswalde mit dem Bezirksausschuß die Erlaubnis erteilt. Die Erlaubnis ist ungültig und bedarf der Zurücknahme.

Die unrichtige Anwendung des Gesetzes kann ebenfalls die Rechtswirksamkeit der Erlaubnis beeinflussen.[85] Wie wir sahen, ist z. B. die Erteilung der gewerbepolizeilichen Erlaubnis auf Zeit oder auf Widerruf

---

[83] E. d. pr. OVG. v. 12. 1. 1903 im Gewerbearchiv, Bd. 2, S. 596.

[84] Eine Vorschrift zwingenden Charakters ist z. B. § 15 der sächs. Ausführungsverordnung vom 28. 3. 1892, der Bestimmungen über die Zuständigkeit der Behörden trifft; Vorschriften instruktioneller Natur sind die §§ 12, 13 der Ausführungsverordnung, die nähere Vorschriften über die Beschreibung der Anlagen, Lageplan, Bauplan usw. enthalten.

[85] Zustimmend O. Mayer, a. a. O., Bd. 1, S. 305; Verordnung des sächs. Min. v. 3. 8. 1898, bei Reger, Bd. 19, S. 2.

grundsätzlich unzulässig (s. o. S. 63). Es fragt sich nun, ob die Beifügung Nichtigkeit oder Ungültigkeit der Erlaubnis zur Folge hat, oder ob die Erlaubnis unter Streichung der unzulässigen Nebenbestimmung ihre Geltung behält. Diese letztere Möglichkeit scheidet nach übereinstimmender Ansicht aus, denn Widerruf und Befristung stellen einen so wesentlichen Teil der Erlaubnis dar — die Behörde würde vermutlich von der Erteilung ganz abgesehen haben, wenn sie eine Befristung oder den Vorbehalt des Widerrufs nicht hätte beifügen können —, daß die Streichung dieser Nebenbestimmung den ganzen Verwaltungsakt hinfällig macht. So führt z. B. das württembergische Ministerium aus: der Grundsatz des gemeinen Rechts und des Bürgerlichen Gesetzbuchs, daß, wo das Gesetz die bedingte oder befristete Vornahme eines Rechtsgeschäfts verbietet, dieses durch Beifügung einer Bedingung oder Befristung nichtig gemacht werde, muß noch viel mehr für das öffentliche Recht Geltung haben.[86]

Jellinek ist nun der Ansicht, daß eine solche befristete und bedingte Erlaubnis — da sie mit sich selbst im Widerspruch stehe — nicht nur ungültig, sondern nichtig sei und daher weder von der Verwaltungsbehörde, noch von einer anderen Behörde beachtet zu werden brauche: „Die Erlaubnis ist schon hinfällig, noch bevor sie für ungültig erklärt ist."[87] M. E. kann aber die unrichtige Anwendung des Gesetzes nur einen Zurücknahmegrund abgeben; denn es liegt ein formell ordnungsgemäßer Verwaltungsakt, nicht nur ein Scheinakt vor. Dieser steht auf sich selbst und hat zunächst die Vermutung der Rechtsgültigkeit für sich; er muß also von der Behörde für ungültig erklärt werden, um seiner Rechtswirksamkeit verlustig zu gehen.

Selbst wenn das Verfahren korrekt eingehalten und die gesetzlichen Bestimmungen richtig angewandt sind, besteht die Möglichkeit einer Zurücknahme der Erlaubnis: nämlich dann,

---

[86] VO. d. Württ. Min. d. J. v. 8. 3. 1902, bei Reger, Bd. 24, S. 44.

[87] Walter Jellinek, a. a. O., S. 92, 93; ebenso E. d. sächs. OVG. v. 17. 3. 1911 in den E. d. sächs. OVG., Bd. 17, S. 36.

wenn diese durch Bestechung, Bedrohung, Täuschung, Arglist erlangt worden ist. Dies ist richtig hervorgehoben in der badischen Verfahrensordnung vom 31. August 1884, § 43, Abs. 1, Z. 2, in der bestimmt ist, daß eine Verfügung aufgehoben oder abgeändert werden kann, wenn eine erteilte Bewilligung oder Genehmigung erschlichen ist. Auch in den Staaten, in denen eine derartige ausdrückliche Bestimmung fehlt, berechtigt die Erschleichung der gewerbepolizeilichen Erlaubnis nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu ihrer Zurücknahme. Die Verwaltung macht sich hierbei von einem an sich gültigen Verwaltungsakte frei; dem Empfänger steht, wenn er sich auf die formelle Gültigkeit beruft, wie O. Mayer[88] ausführt, eine Art replicatio doli entgegen.

Noch kurz ist zu erörtern, durch welche Behörde und in welchem Verfahren die ungültige und die erschlichene Erlaubnis — die im Gegensatz zur nichtigen Erlaubnis der Aufhebung bedürfen — zurückgenommen werden.

1. Für die Zurücknahme der Ungültigkeit der Erlaubnis gilt nach den landesrechtlichen Bestimmungen folgendes:

In Sachsen erfolgt die Aufhebung einer ungültigen Erlaubnis durch die Aufsichtsbehörde kraft des ihr zustehenden Aufsichtsrechts. So führt z. B. das Oberlandesgericht Dresden in der Entscheidung vom 28. 1. 1897 aus: „So viel darf nach der bestehenden Organisation der Verwaltungsbehörden als zweifellos angesehen werden, daß den vorgesetzten Verwaltungsbehörden die als Ausfluß des ihnen zustehenden Aufsichtsrechts anzusehende Befugnis nicht abgesprochen werden kann, eine erteilte Erlaubnis . . . aufzuheben, wenn sie gegen klare Bestimmungen . . . der Gewerbeordnung und die hierzu erteilten Ausführungsvorschriften verstößt."[89] Die Anfechtungsklage ist für gewerbepolizeiliche Beschlüsse gemäß § 75,

---

88 O. Mayer, a. a. O., Bd. 1, S. 306.

89 Reger, Bd. 18, S. 309; ebenso VO. d. sächs. Min. v. 3. 8. 1898, bei Reger, Bd. 19, S. 2, und E. d. sächs. OVG. v. 23. 11. 1901, im Gewerbearchiv, Bd. 2, S. 602.

Z. 4 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 19. 7. 1900 ausgeschlossen.

In Württemberg findet nach Schicker[90] bei Ungültigkeit der Erlaubnis ebenfalls ein Einschreiten von Oberaufsichts wegen statt.

Für Baden bestimmt § 43, Abs. 1, Z. 2 der Verfahrensordnung vom 31. August 1884: „Die Behörde, von der die Verfügung oder Entscheidung erlassen ist, oder die ihr vorgesetzte Behörde kann solche abändern oder ganz aufheben . . . 2) wenn eine erteilte Bewilligung oder Genehmigung . . . im Widerspruch mit einer Vorschrift des Gesetzes oder einer Verordnung oder unzuständigerweise erteilt ist."

In Bayern können gewerbepolizeiliche Beschlüsse bei Anlagen nach § 16 Gew.-O. — da diese Angelegenheiten nach Art. 8, Z. 8 des Gesetzes über die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen vom 8. 8. 1878 unter die Verwaltungsrechtssachen zählen — nicht von Oberaufsichts wegen durch das Ministerium oder die Kreisregierung aufgehoben werden, es sei denn, daß es sich um Fragen des freien Ermessens handelt (Art. 15, 13 des Verwaltungsgerichtsgesetzes). In den der Ungültigkeitserklärung unterliegenden Fällen handelt es sich nicht um Ermessensfragen; infolgedessen ist hier eine Ungültigkeitserklärung nur im Rahmen des durch das Verwaltungsgerichtsgesetz gegebenen Verfahrens zulässig.

Preußen hat für Beschlüsse, die die Befugnisse der Behörde überschreiten oder das bestehende Recht verletzen, nach § 126 des Landesverwaltungsgesetzes vom 30. 7. 1883 die Anfechtungsklage beim Oberverwaltungsgericht gegeben, vorausgesetzt, daß die Beschlüsse endgültig sind und es sich um Beschlüsse des Kreis- bezw. Stadtausschusses, des Bezirksausschusses oder des Provinzialrates handelt. „Endgültig" im Sinne des Gesetzes ist der Beschluß nur dann, wenn er im Gesetz als endgültig bezeichnet ist oder auf Beschwerde ergeht und ein weiteres Rechtsmittel dagegen nicht gegeben ist; nicht

[90] Schicker, a. a. O., Bd. 1, S. 71.

aber, wenn er durch Fristablauf endgültig geworden ist. Der Bescheid bei Erteilung der gewerbepolizeilichen Erlaubnis würde daher erst endgültig sein, wenn der Minister für Handel und Gewerbe als Rekursinstanz entschieden hat; dessen Entscheidung unterliegt aber dem § 126 nicht. Infolgedessen kann § 126 für die Ungültigkeitserklärung der gewerbepolizeilichen Erlaubnis nicht herangezogen werden.[91] Man wird aber, da es in Preußen an einer dem Art. 15 des bayrischen Verwaltungsgerichtsgesetzes analogen gesetzlichen Bestimmung fehlt, der Aufsichtsbehörde die Befugnis zubilligen dürfen, ungültige Beschlüsse von Aufsichts wegen aufzuheben.

2. Für die Zurücknahme der erschlichenen Erlaubnis geben die Landesgesetze gewöhnlich keine Vorschriften. Eine Ausnahme bildet Baden, das in der Verfahrensordnung vom 31. 8. 1884, § 43, vorschreibt: „Die Behörde, von der die Verfügung oder Entscheidung erlassen ist, oder die ihr vorgesetzte Behörde kann solche abändern oder ganz aufheben . . . 2) wenn eine erteilte Bewilligung oder Genehmigung erschlichen ist . . .“ In den übrigen Staaten findet das für die Zurücknahme der ungültigen Erlaubnis geltende Verfahren auf die Zurücknahme der erschlichenen Erlaubnis analog Anwendung.

§ 7. Zurücknahme der Erlaubnis infolge Einwilligung des Inhabers.

Zu den im Gesetz nicht genannten Endigungsgründen der gewerbepolizeilichen Erlaubnis gehört auch die Einwilligung des Inhabers der Erlaubnis zur Zurücknahme durch die Gewerbepolizeibehörde. Der Einwilligung mit ausdrücklichen Worten steht dabei die Einwilligung, die sich aus schlüssiger Handlung ergibt, gleich.

Ist die Einwilligung zur Zurücknahme der Erlaubnis

91 Vgl. auch Bitter, Handwörterbuch der preußischen Verwaltung, Leipzig 1911, S. 69.

vom Inhaber kundgegeben worden, so kann die Behörde die Erlaubnis zurücknehmen; denn die freiwillige Unterwerfung des Inhabers der Erlaubnis unter den Akt, der ihm die Erlaubnis entzieht, wird für die Zurücknahme als ausreichend angesehen werden können, da durch die Zurücknahme nur das allgemeine Verbot wieder hergestellt, die allgemeinen Rechtsschranken, die bei der Erteilung der Erlaubnis zugunsten des Unternehmers durchbrochen worden waren, wieder in Wirksamkeit gesetzt werden.

Betont muß werden, daß die Einwilligung des Unternehmers nur die Voraussetzung für die Zurücknahme durch die Verwaltungsbehörde bildet. Der rechtswirksame Ausspruch der Zurücknahme erfolgt durch die Behörde; er liegt in ihrem freien Ermessen. Die Willenserklärung des Inhabers der Erlaubnis kann nicht etwa den obrigkeitlichen Akt aufheben oder unwirksam machen; denn dieser gibt dem Unternehmer kein subjektives Recht. Infolgedessen hat der Inhaber kein Verfügungsrecht über die Erlaubnis; diese kann daher auch nicht durch Verzicht erlöschen.

Diese Ausführungen ergeben sich mit Notwendigkeit aus der Stellung, die wir zur rechtlichen Natur der gewerbepolizeilichen Erlaubnis eingenommen haben (s. o. S. 21). Sie werden von den Vertretern der objektiv-rechtlichen Theorie — der wir uns angeschlossen hatten — geteilt. So führt O. Mayer aus: „Kein Erlöschungsgrund der Polizeierlaubnis ist der Verzicht. Die Erlaubnis ist ein obrigkeitlicher Akt, welcher diesem Unternehmen gegenüber das allgemeine Verbot für unanwendbar erklärt. Sie gibt dem Empfänger nichts, worüber er verfügen könnte, sondern stellt nur seine Freiheit wieder her, über das zu verfügen, was er sonst hat oder haben wird. Der Erlaubnisträger kann die Erlaubnis unbenutzt lassen; von ihm hängt es im gewissen Grade ab, ob die tatsächlichen Voraussetzungen in Wegfall kommen; er kann eine Zurücknahme der Erlaubnis bewirken . . . aber er kann durch seine Willenserklärung den obrigkeitlichen Akt nicht aufheben, noch unwirksam machen, solange die Voraussetzungen da sind, unter welchen dieser nach seinem eigenen Willen wir-

ken soll."[92] Seydel sieht noch ein weiteres Argument gegen die Zulässigkeit des Verzichts darin, daß dieser in der Gewerbeordnung als Erlöschungsgrund nicht aufgeführt ist,[93] während dies z. B. im bayrischen Gewerbegesetze vom 30. 1. 1868 geschehen war; ebenso Schecher: „Die Nichtbetätigung der gewerbepolizeilichen Erlaubnis kann öffentlich-rechtliche Folgen nur in den durch das Gesetz ausdrücklich bezeichneten Fällen haben. Gewerbepolizeiliche Folgen eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzichts auf die Gewerbsbefugnis wären nur denkbar, wenn sie durch Gesetz ausdrücklich geschaffen wären."[94] Auch Schönborn führt in den Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentlichen Recht aus: „Als nicht verzichtbar werden wir dagegen die gewerbepolizeiliche Erlaubnis ansehen: Das hier in Frage stehende subjektive Recht ist lediglich das Recht auf Respektierung der staatsfreien Sphäre des Individuums; das Recht auf Freiheit vom gesetzwidrigen Zwang; es ist hier kein eigenartiges subjektives Recht verliehen worden."[95]

Zu einem anderen Ergebnis kommen naturgemäß die Vertreter der subjektiv-rechtlichen Theorie der gewerbepolizeilichen Erlaubnis. Da diese in der Erlaubnis ein subjektives Recht des Inhabers sehen, so halten sie den Verzicht auf die gewerbepolizeiliche Erlaubnis für zulässig. So führt z. B. der bayrische Verwaltungsgerichtshof aus: „Daß der Verzicht in demjenigen Titel der Gewerbeordnung, in dem der Verlust der Gewerbsbefugnisse behandelt ist, unter den Erlöschungsgründen nicht speziell aufgeführt wird, kann dessen Rechtswirksamkeit für das Gebiet der Gewerbeordnung nicht ausschließen. Es beruht auf einem allgemein gültigen Rechtssatz, daß von besonderen, hier nicht in Frage kommenden gesetzlichen Vorschriften abgesehen, niemand genötigt werden

92 O. Mayer, a. a. O., Bd. 1, S. 301.

93 Seydel, Gewerbepolizeirecht, S. 69, bei Rehm, a. a. O., S. 78.

94 Schecher, a. a. O., Bd. 12, S. 13.

95 Schönborn, Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentlichen Recht, Leipzig 1908, S. 86.

kann, im Genusse von Rechten zu bleiben, die er nicht mehr haben will."[96] Ebenso Rehm: „Dem Wesen des durch die Polizei erlaubten und begründeten Rechts widerspricht die Zulässigkeit des Verzichts als Beendigungsgrund des Gewerberechts nicht. Er ist in der Gewerbeordnung als allgemeiner Erlöschungsgrund von Rechten nicht besonders hervorgehoben."[97] Vom Oberlandesgericht Rostock ist die Zulässigkeit des Verzichts noch damit begründet worden, daß der Gewerbetreibende nach § 49 Gew.-O. unter den dort gegebenen Voraussetzungen durch bloße Unterlassung, bezw. durch Einstellung des Gewerbebetriebs die Erlaubnis zum Erlöschen bringen könne und daß kein Grund ersichtlich sei, aus dem ein gleicher Erfolg nicht auch durch positive Vertragserklärung des Gewerbeberechtigten selbst herbeigeführt werden könnte.[98]

Aus diesem Gegensatz der Theorien ergeben sich für die Behandlung der Erlaubnis erhebliche Divergenzen: Wird die objektiv-rechtliche Theorie als zutreffend angesehen, so erlischt die Erlaubnis erst mit der Zurücknahme durch die Behörde; weiterhin steht es in ihrem Ermessen, ob sie die Zurücknahme aussprechen will. Wird dagegen die subjektiv-rechtliche Theorie für richtig erachtet, so ist die Erlaubnis bereits im Zeitpunkte der Erklärung des Verzichts erloschen; eine etwaige Erklärung der Behörde dazu würde überflüssig und ohne Belang sein. Die Gegensätze werden aber in der Praxis meist nicht so stark zum Ausdruck kommen, da eine Behörde, die auf dem Standpunkte der objektiv-rechtlichen Theorie steht, wohl in allen Fällen, in denen die Einwilligung des Inhabers zur Zurücknahme in schlüssiger Weise vorliegt, die Zurücknahme aussprechen wird, um so mehr, als der Inhaber der Erlaubnis diese durch bloße Einstellung des Gewerbebetriebs gemäß § 49, Abs. 3 Gew.-O. zum Erlöschen bringen kann.

[96] E. d. bayr. Verwaltungsgerichtshofs v. 2. 10. 1880, bei Reger, Bd. 1, S. 234.

[97] Rehm, a. a. O., S. 78.

[98] E. d. OLG. Rostock v. 17. 11. 1906, im Gewerbearchiv, Bd. 7, S. 470.

§ 8. Gibt es noch weitere Erlöschungsgründe der Erlaubnis?

Es bleibt noch kurz zu erörtern, ob einzelne weitere in der Literatur als Erlöschungsgründe angeführte Gründe als Endigungsgründe der gewerbepolizeilichen Erlaubnis angesehen werden können.

1. Untergang der Anlage.

Die Frage, ob der Untergang der gewerblichen Anlage, z. B. durch Explosion, Feuersbrunst, Überschwemmung, die Endigung der Erlaubnis zur Folge hat und daher die Einholung einer neuen Erlaubnis zur Wiedererrichtung erforderlich ist, ist bestritten.

Soweit mit der Wiedererrichtung der Anlage wesentliche Änderungen des ursprünglichen Unternehmens — sei es der Betriebsstätte, sei es des Betriebes — verbunden werden, besteht Übereinstimmung: der Unternehmer bedarf auf Grund des § 25 Gew.-O. einer neuen Erlaubnis.

Verschiedener Meinung ist Wissenschaft und Praxis jedoch, soweit die unveränderte Wiedererrichtung an der gleichen Stelle beabsichtigt ist. Schecher[99] vertritt den Standpunkt, daß „Errichtung" der Anlage nicht nur Neuherstellung, sondern auch Wiederherstellung einer zugrunde gegangenen Anlage sei, und daher auch diese der Erlaubnis bedürfe. Schenkel[100] und das badische Ministerium sind der Ansicht, daß im Falle der Wiedererrichtung zerstörter Anlagen stets das gewerbepolizeiliche Verfahren durchzuführen und hierbei die Auflage früher nicht vorgeschriebener Betriebsbedingungen auch dann zulässig sei, wenn die unveränderte Wiederherstellung der alten Anlage beabsichtigt sei. Soweit es sich um die örtliche Lage des Unternehmens handele, wirke zwar die frühere Erlaubnis auch nach Zerstörung der Anlage fort, und es dürfe die zur Wiedererrichtung am gleichen Platze nachgesuchte Erlaubnis nicht wegen etwaiger durch die örtliche Lage bedingter Gefahren versagt werden. Soweit es sich da-

---

99 Schecher, a. a. O., S. 76.

100 Schenkel, a. a. O., Bd. 1, S. 101.

gegen um die Betriebsstätte und deren Beschaffenheit handele, sei mit dem Wegfall der bezüglichen äußeren Einrichtungen auch die für deren Herstellung erteilte Erlaubnis gegenstandslos geworden. Wenn die die Betriebsstätte darstellenden Veranstaltungen nach erfolgter Zerstörung neu hergestellt werden sollten, sei hierzu von neuem die gewerbepolizeiliche Erlaubnis zu erwirken.

Landmann,[101] O. Mayer,[102] Rohrscheidt,[103] Neukamp[104] und das preußische Oberverwaltungsgericht sind dagegen der Ansicht, daß bei unveränderter Wiedererrichtung die Anlage einer neuen Erlaubnis nicht bedürfe und infolgedessen auch Auflagen, die sich inzwischen als notwendig erwiesen haben, nicht gemacht werden dürfen. So führt z. B. das preußische Oberverwaltungsgericht aus: „Wenn die §§ 16—28 Gew.-O. sich der Ausdrücke ‚Errichtung' oder ‚Errichten' gewerblicher Anlagen bedienen und den mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten Anlagen einen besonderen Schutz gewähren, so kann diese Ausdrucksweise sich im allgemeinen nur auf den Fall der Neuherstellung bisher nicht vorhanden gewesener genehmigter Anlagen beziehen, nicht auch auf den Fall der Rekonstruktion solcher Anlagen, die nach der Errichtung durch höhere Gewalt zerstört, ohne Änderung der Betriebsstätte in den Grenzen der früher erteilten Genehmigung wieder hergestellt werden."[105]

M. E. ist die Frage, ob die Erlaubnis mit dem Untergang der Anlage erlischt, zu verneinen. Der Untergang der Anlage ist im Gesetz als Erlöschungsgrund der Erlaubnis nicht angegeben. Er versteht sich auch nicht von selbst, wie Schenkel annimmt. M. E. ist auch die Ansicht Schechers, daß die Wiedererrichtung der Anlage als eine „Errichtung" im Sinne des § 16 Gew.-O. anzusehen und daher rechtlich in

---

101 Landmann, a. a. O., Bd. 1, S. 510.

102 O. Mayer, a. a. O., Bd. 1, S. 295.

103 Rohrscheidt, a. a. O., Bd. 1, S. 379.

104 Neukamp, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, 10. Aufl., Tübingen 1912, S. 117.

105 E. d. pr. OVG. v. 28. 1. 1884, in den E. d. OVG., Bd. 10, S. 283.

gleicher Weise wie eine Neuherstellung zu beurteilen sei, unzutreffend. Wie das preußische Oberverwaltungsgericht richtig ausgeführt hat, bezieht sich diese Ausdrucksweise nur auf den Fall der Herstellung bisher nicht vorhanden gewesener erlaubnispflichtiger Anlagen.

Die unveränderte Wiedererrichtung bedarf daher keiner neuen Erlaubnis. Voraussetzung ist jedoch, daß diese innerhalb dreier Jahre nach Untergang der Anlage erfolgt; andernfalls erlischt die Erlaubnis gemäß § 49, Abs. 3 Gew.-O., es sei denn, daß auf ein rechtzeitig eingereichtes Gesuch hin eine Fristung gewährt wird.

2. Wesentliche Änderung des Betriebs oder der Betriebsstätte.

Zweifel können auch darüber entstehen, ob eine wesentliche Änderung des Betriebes oder der Betriebsstätte ein Erlöschen der erteilten Erlaubnis zur Folge hat. Der Wortlaut des § 25 Gew.-O. ist nicht eindeutig: „Die Genehmigung zu einer der in den §§ 16 und 24 Gew.-O. bezeichneten Anlagen bleibt so lange in Kraft, als keine Änderung in der Lage oder Beschaffenheit der Betriebsstätte vorgenommen wird . . .“ Die herrschende Ansicht der Literatur und Rechtsprechung hat jedoch das ipso iure-Erlöschen der Erlaubnis bei einer wesentlichen Änderung des Betriebes oder der Betriebsstätte mit Recht verneint. Für diese Ansicht spricht, daß, falls die wesentliche Änderung des Betriebs oder der Betriebsstätte die weitgehende Wirkung eines Erlöschens der erteilten Erlaubnis hätte haben sollen, dies im Gesetz deutlicher ausgesprochen sein würde. Es würde aber auch § 147, Abs. 3 Gew.-O., nach dem die Behörde bei einer wesentlichen Änderung des Betriebes ohne Einholung einer neuen Erlaubnis die Herstellung des den Bedingungen entsprechenden Zustandes anordnen kann, nicht sinngemäß sein, wenn eine wesentliche Änderung ohne weiteres das Erlöschen der Erlaubnis zur Folge hätte. Auch für den Fall einer wesentlichen Änderung des Betriebs oder der Betriebsstätte wird daher die Erlaubnis als fortbestehend angesehen, aber nur in-

soweit, als das Unternehmen sich innerhalb des Erlaubnisbescheids hält. Soweit dies nicht der Fall ist, ist der Betrieb unerlaubt und ein Einschreiten der Behörde hiergegen möglich. Lassen sich dabei der erlaubte und der nicht erlaubte Teil des Unternehmens nicht scheiden, so besteht die Befugnis zum Einschreiten gegenüber dem ganzen einheitlichen Betrieb.[106]

3. Verzicht des Inhabers auf die Erlaubnis.

Bereits bei der Besprechung der Einwilligung als Endigungsgrund der gewerbepolizeilichen Erlaubnis ist die Frage des Verzichts mit erörtert worden. Es wurde dort ausgeführt, daß die Beantwortung der Frage, ob der Unternehmer auf die gewerbepolizeiliche Erlaubnis verzichten kann, von der Vorfrage abhängt, ob die Erlaubnis dem Unternehmer ein öffentliches subjektives Recht einräumt. Würde sie bejaht, so könnte der Inhaber auf die Erlaubnis verzichten, da sich das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts in seiner Verfügbarkeit äußert. Wir haben die Vorfrage jedoch verneint; infolgedessen kann ein „Verzicht" des Inhabers auf die gewerbepolizeiliche Erlaubnis diese nicht zum Erlöschen bringen; hierzu bedarf es vielmehr der Zurücknahme durch die Behörde. Der „Verzicht" kann jedoch, da er inhaltlich die Einwilligungserklärung des Unternehmers zur Zurücknahme der Erlaubnis enthält, für die Behörde die Veranlassung bilden, die Zurücknahme der gewerbepolizeilichen Erlaubnis auszusprechen (s. o. S. 74 ff.).

---

[106] E. d. pr. OVG. v. 19. 1. 1893, in den E. d. pr. OVG., Bd. 24, S. 317.